

Distribusjonsavtalers positive virkninger etter konkurranseloven § 10

Kandidatnummer: 669

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 17 930



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Problemstilling og presentasjon av emnet	1
1.2	Rettskildegrunnlag og metodiske bemerkninger	2
1.3	Fremstillingen videre	4
2	POSITIVE VIRKNINGER AV VERTIKALE AVTALER	6
2.1	Innledning	6
2.2	Forholdet mellom § 10 første og tredje ledd	8
3	EFFEKTIVITETSGEVINSTER	14
3.1	Hva er en effektivitetsgevinst?	14
3.1.1	Stordriftsfordeler og rasjonalisering	15
3.1.2	Forhindre dobbel marginalisering og vertikale eksterne faktorer	20
3.1.3	Forhindre gratispassasjerproblemet, øke investeringsviljen og etablering av aktivitet på nye markeder	22
3.1.4	Forbedre muligheten for investeringer på distribusjonsnivået	27
3.1.5	Ensartethet, standardisering av kvalitet og kundetilfredshet	29
3.1.6	Produkt- og prosessforbedring	32
3.2	Årsakssammenheng og sannsynliggjøring	36
4	FORBRUKERNES ANDEL AV EFFEKTIVITETSGEVINSTENE	38
4.1	Rettslige utgangspunkter	38
4.2	Momenter i vurderingen	41
4.3	Forbrukernes andel av ulike effektivitetsgevinster	43
5	NØDVENDIGHETSKRITERIET	46
5.1	Proporsjonalitet	46

5.2	Tidsaspektet	48
5.3	Intensitet	51
5.3.1	Konkurransbegrensningenes intensitet i selektive distribusjonsavtaler	51
5.3.2	Konkurransbegrensningenes intensitet ved investeringer og etablering	54
5.3.3	Konkurransbegrensningenes intensitet i franchiseavtaler	55
5.3.4	Restriksjoner på salg og kundeallokering	57
6	KRAV OM RESTKONKURRANSE.....	59
6.1	Generelle betraktninger	59
6.2	Momenter i vurderingen	60
6.3	Vilkåret vil normalt være oppfylt	62
6.4	Særlige tilfeller hvor vilkåret neppe er oppfylt	63
6.5	Forholdet mellom § 10 tredje ledd og § 11	65
6.5.1	Kravet til restkonkurranse og forbudet mot misbruk av dominerende stilling	65
6.5.2	Begrunnelsen for unntak etter § 10 tredje ledd som begrunnelse for unntak etter § 11?	67
7	LITTERATURLISTE.....	70

1 Innledning

1.1 Problemstilling og presentasjon av emnet

Konkurranse mellom private aktører er en fundamental bærebjelke i vårt samfunn. Fravær av, eller begrensninger i konkurransen, kan medføre markedssvikt og påføre forbrukerne store ulemper. Enkeltaktører kan imidlertid være tjent med at konkurransen begrenses til deres fordel, for eksempel gjennom avtaler som medfører monopol, karteller eller markedsdeling. For at konkurransen skal fungere effektivt og dermed skape positive virkninger, er det nødvendig å gripe inn mot avtaler som er konkurransebegrensende. Konkurranseloven har derfor regler i § 10 om forbud mot avtaler som begrenser konkurransen. Men, avtaler som i utgangspunktet begrenser konkurransen kan likevel i sum være til markedets fordel. Temaet for denne oppgaven er vertikale avtaler som har til formål eller virkning å begrense konkurransen, men som også realiserer gevinster som gjør at avtalene må vurderes etter unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd.

Vertikale avtaler kan begrense konkurransen, særlig gjelder dette på distribusjonsnivået. De kan også fungere som etablerings- eller ekspanderingshindre, for eksempel i tilfeller med parallelle nettverk av avtaler. Avtalene kan også øke risikoen for at aktører som befinner seg på samme nivå i omsetningskjeden og som distribuerer innenfor samme nettverk samordner sin markedsatferd eller kun i begrenset grad konkurrerer mot hverandre.

Vertikale avtaler realiserer ofte fordeler både for foretakene selv, og for markedet og dets forbrukere. Distribusjonsavtaler kan blant annet effektivisere produksjon og distribusjon slik at foretakene reduserer kostnader, øker konkurransen på serviceytelser og forbedrer produktenes eller distribusjonens kvalitet. På grunn av de vertikale avtalenes omfattende potensiale for effektivitetsgevinster, er det i forskrift etablert et vidtfavnende gruppefritak.¹ Dette tar sikte på en generisk tillatelse av avtaler som gjennomgående anses å tilfredsstille unntaket i tredje ledd - uten at det er nødvendig å vurdere avtalene konkret under tredje

¹ Forskrift 21.06.2010 nr. 898.

ledd. Gruppefritaket er imidlertid begrenset til avtale typer som oppfyller visse vilkår.² Dersom en avtale ikke faller inn under gruppefritakets anvendelsesområde, kan den likevel unntas etter en selvstendig vurdering i medhold av § 10 tredje ledd.

Som regel vil de negative virkningene av vertikale avtaler ikke være problematiske før avtalepartene har en viss grad av markedsandeler og markedsrett.^{3 4} Vertikale avtalers negative virkning på konkurransen er dessuten ofte beskjedne fordi avtalene er inngått mellom aktører som *ikke* er konkurrenter på samme nivå i omsetningskjeden; avtalene medfører ikke konsentrasjon mellom direkte konkurrenter.

I denne oppgaven vil jeg behandle ulike typer vertikale avtaler som forutsettes forbudt etter konkurranseloven § 10 første ledd, og som faller utenfor gruppefritakets anvendelsesområde fordi foretakenes markedsandeler overstiger 30 %. Disse avtalene må dermed vurderes på selvstendig grunnlag etter unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd. For å kvalifisere for unntak, må fire vilkår være oppfylt. Avtalen må for det første bidra til å «bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller ... fremme den tekniske eller økonomiske utvikling». Videre må forbrukerne sikres «en rimelig andel» av disse fordelene. Det tredje vilkåret stiller krav om at avtalen og dens begrensninger må være «absolutt nødvendige» for realiseringen av gevinstene. Til sist må ikke avtalen gi partene «mulighet til å utelukke konkurransen» på det relevante marked. Vilkårene danner strukturen for denne oppgaven.

1.2 Rettskildegrunnlag og metodiske bemerkninger

Konkurranseloven § 10 er modellert etter EØS-avtalens artikkel 53, som igjen har sin bakgrunn i TEUV⁵ artikkel 101. Likheten i de parallelle regelverkene hva angår

² Se forskriftens bestemmelser.

³ Det er dette det tas høyde for i gruppefritaket.

⁴ Se Wish (2012) s. 624 om inter- og intramerke-konkurranse.

⁵ Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte.

konkurransereglene tilsier at EU-domstolenes og Europakommisjonens⁶ praksis har stor påvirkning på anvendelsen av nasjonal rett.⁷ ⁸ Rettspraksis tilknyttet unntaksbestemmelsen er svært begrenset hva gjelder avgjørelser fra norske domstoler og EFTA-domstolen. Jeg vil derfor benytte rettspraksis fra EU-domstolene.⁹ Kommisjonens skjønnsmargin¹⁰ medvirker til at det er lite rettspraksis på området. Jeg benytter derfor kommisjonsavgjørelser der dette er relevant for å belyse hvordan vurderingen av vilkårene kan slå ut.

Kommisjonen har utarbeidet retningslinjer for anvendelsen av unntaksbestemmelsen, og disse gjentas av ESA. I retningslinjene vises det til rettspraksis fra EU-domstolene, men Kommisjonen gir også uttrykk for egne vurderinger og konklusjoner uten eksplisitt støtte i rettspraksis, og også delvis uten begrunnelser.¹¹ Retningslinjene fornyes etter hvert som rettstilstanden endres, noe som sikrer en mer dynamisk tilnærming til problemstillingene. Retningslinjene er imidlertid ikke bindende, og kan derfor ikke alltid sies å gi uttrykk for gjeldende rett idet domstolene kan innta andre perspektiver og konkludere annerledes. Kommisjonen vil imidlertid normalt følge retningslinjene.¹²

Retningslinjenes store detaljrikdom legger visse føringer for hvilke konklusjoner man kan komme til etter en konkret vurdering, og øker dermed forutberegneligheten for foretakene. Det verdt å merke seg at retningslinjene utgis av et forvaltningsorgan, og at de i *formen* kan minne om lovforarbeid¹³ eller etterarbeid, men de har ikke en slik rettskildestatus.

⁶ Heretter *Kommisjonen*.

⁷ EUs formål er mer omfattende enn formålene innen EØS-samarbeidet. Hensynet til integrasjon og det indre, felles marked står ikke i samme stilling i EØS-retten som i EU.

⁸ Se uttalelsen i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68.

⁹ Disse omtales i det følgende som *Domstolen* og *førsteinstansen* eller *retten*.

¹⁰ Se sak C-389/10 P *KME*.

¹¹ Se for eksempel Korah (2002) s.124.

¹² *Patere legem quam ipse fecisti*-prinsippet tilsier at Kommisjonen må overholde den retten de selv har skapt. Se sak C-288/96 *JAKO-Jadecost* premiss 65.

¹³ Se Lunde (2007) s. 11 med videre henvisninger.

Retningslinjene anses ofte som soft law,¹⁴ og er i grunnen bare et verktøy for tolkningen.¹⁵ Retningslinjene har imidlertid stor praktisk betydning, og anvendes stadig i juridisk teori. Fraværet av andre rettskilder, særlig rettspraksis, bidrar til å styrke retningslinjenes posisjon.

Gruppefritaket for vertikale avtaler¹⁶ gir et generelt fritak for avtaler som anses å falle utenfor forbudet i første ledd eller tilfredsstiller vilkårene i unntaksbestemmelsen. Det er ingen presumsjon om at avtaler som ikke omfattes av gruppefritaket på grunn av for høy markedsandel vil være forbudt etter første ledd eller ikke kunne oppfylle unntaksbestemmelsens vilkår.¹⁷ Gruppefritaket kan derfor gi generell veiledning ved anvendelsen av unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd. Vurderingen av avtaler som faller utenfor gruppefritaket på grunn av store markedsandeler, vil imidlertid kunne lede til andre konklusjoner enn hva gruppefritaket forespeiler.

1.3 Fremstillingen videre

Jeg forutsetter i det følgende at de aktuelle avtalene er i strid med forbudsbestemmelsen i første ledd, slik at det blir aktuelt å vurdere hvorvidt unntaksbestemmelsen kan komme til anvendelse. Jeg forutsetter også at gruppefritaket ikke kommer til anvendelse, slik at avtalene må vurderes etter unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd.

I oppgavens kapittel 2 vil jeg redegjøre for generelle betraktninger tilknyttet vertikale avtalers positive virkninger. I kapitlene 3 - 6 vil jeg fremstille unntaksbestemmelsens fire vilkår i egne kapitler. Jeg vil her benytte ulike vertikale restriksjoner som eksempler på

¹⁴ Wijckmans (2012). s. 27, Korah (2002) s. 125.

¹⁵ Wijckmans (2011) s. 26 flg.

¹⁶ Gruppefritaket i Kommisjonsforordning 330/2010 er innlemmet i EØS-avtalen jf. EØS-komiteens beslutning nr. 77/2010 av 18. juni 2010, og gjennomført i norsk materiell rett i Forskrift 21.06.2010 nr. 898 om anvendelse av konkurranse-loven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden. Gruppefritaket må tolkes i lys av konkurranse-loven § 10.

¹⁷ Kommisjonsforordning 330/2010, se fortalens avsnitt 9.

hvordan vurderingen kan slå ut under de enkelte vilkårene. Jeg tar ikke sikte på en kategorisk fremstilling av unntaksbestemmelsens anvendelse på typerestriksjoner, men en del konkurransebegrensende avtaler som ofte benyttes vil gå igjen som eksempler. I avsnitt 6.5 vil jeg i korte trekk behandle forholdet mellom unntaksbestemmelsen i § 10 og § 11 om misbruk av dominerende stilling.

Jeg avgrenser mot en redegjørelse av forbudet i første ledd og gruppefritaket. Prosessuelle skritt vil i hovedsak ikke behandles; jeg omtaler dette kort i avsnitt 2.1.

2 Positive virkninger av vertikale avtaler

2.1 Innledning

Effektivitetsgevinster som realiseres gjennom vertikale avtaler oppstår fordi foretakenes aktiviteter utfyller hverandre. Foretaket i oppstrømsmarkedet kan dra nytte av distributørens etablerte markedsposisjon eller sistnevntes avhengighet av leveranser. Distributøren kan sikre seg varer, kunnskap og kunder gjennom å knytte seg til aktøren i oppstrømsmarkedet. Avtalens gevinster karakteriseres ved at de oppstår i den vertikale kjeden, og ikke horisontalt mellom direkte konkurrenter på markedet. Det er altså en effektiv utnyttelse av foretakenes forskjellige og utfyllende aktivitet som realiserer gevinstene.

Analysen av avtalen under tredje ledd innebærer en avveining av avtalens positive virkninger og negative virkninger slik disse er fremstilt under vurderingen etter første ledd. Kort sagt kan man si at avtalen kun kan unntas fra forbudet dersom de positive virkningene veier opp for avtalens negative virkninger. Når de fire vilkårene i tredje ledd er oppfylt, vil markedet og konsumentene kompenseres for de negative virkningene av avtalen. Vilkårene er kumulative¹⁸ og uttømmende,¹⁹ og må være oppfylt så lenge avtalen løper.²⁰

¹⁸ Se for eksempel forente saker T-185/00 flg. *Metropole Télévision SA (M6)* premiss 86.

¹⁹ Faull (2007) avsnitt 3.404. Se likevel diskusjonen bl.a. i Wish (2012) kapittel 4.2 om hvorvidt andre hensyn som sysselsetting og miljøhensyn kan være relevante. Ved anvendelsen av EØS-avtalens art. 53 nr. 3 kan det tas hensyn til andre av EØS-avtalens mål dersom disse har relevans for de fire vilkårene, se bl.a. sak T-17/93 *Matra* og sak 26/76 *Metro (I)* premiss 43, hvor dette er underforstått. Se også sak 42/84 *Remia*, hvor sysselsettingshensyn ble ansett for å være relevant under det første vilkåret «because it improves the general conditions of production, especially when market conditions are unfavourable», premiss 42. Se også forente saker T-528/93 flg. *Metropole Télévision* premiss 118, hvor førsteinstansen uttalte at Kommisjonen var berettiget til å basere vurderingen på «considerations connected with the pursuit of the public interest».

²⁰ Se for eksempel Kommisjonsavgjørelsen IV/36.237 *TPS*.

Vurderingen skal skje innenfor et definert marked og «innenfor den faktiske sammenheng der [de restriktive avtalene] forekommer».²¹

Fordelene som påberopes må være *relevante*, det vil si at de må være effektive i et samfunnsøkonomisk perspektiv.²² Det er altså ikke tilstrekkelig at avtalepartene tjener på avtalen rent bedriftsøkonomisk. Ytterligere er de relevante effektivitetsforbedringene begrenset gjennom ordlyden i det første vilkåret til å måtte bidra til «å bedre produksjonen eller fordelingen av varene» eller til «den økonomiske eller tekniske utvikling».²³

Hvis disse kriteriene er oppfylt, vil foretakenes effektivitetsgevinster også være samfunnsøkonomiske gevinster. Et eksempel kan være at mineralvann i et marked opprinnelig kun ble distribuert gjennom matbutikker, men så inngår én mineralvannprodusent en avtale med en kioskkjede om distribusjon av mineralvannet i alle nettverkets kiosker. Produsenten krever at mineralvannet skal videreselges til en høyere pris i kioskene. Mineralvannet er et produkt av den art som forbrukerne gjerne kjøper på impuls. En slik avtale vil medføre større spredning av produktet på markedet, og distribusjonsavtalen åpner for bedre tilgjengelighet. På den andre siden vil den pålagte høye utsalgsprisen føre til et statisk effektivitetstap. Avtalen er kun samfunnsøkonomisk effektiv dersom det er et større antall etterspørrere som fristes av den bedrede tilgjengeligheten av produktet enn det antallet etterspørrere som avstår fra å kjøpe mineralvannet på grunn av den høye prisen ved kjøp i kiosk.²⁴

Ingen avtaler er i seg selv utelukket en bedømmelse etter unntaksbestemmelsen.²⁵ Også avtaler som har til formål å begrense konkurransen kan oppfylle vilkårene i tredje ledd.²⁶

²¹ Retningslinjer for vertikale begrensninger avsnitt 123. Heretter omtalt som *Vertikale retningslinjer*

²² *EØS-rett* (2004) s. 539 flg.

²³ Oppgavens kapittel 3 omhandler dette første vilkåret. Se imidlertid note 19 om hvorvidt andre gevinster kan tas i betraktning.

²⁴ Se lignende eksempel i Kolstad (1998) kapittel 13.

²⁵ Sak T-17/93 *Matra* premiss 85.

²⁶ Se for eksempel kommisjonsavgjørelse COMP/A.38.284/D2 *Société Air France/Alitalia*.

Kommisjonens syn er imidlertid at avtaler som inneholder alvorlige konkurransebegrensninger og svartelistede klausuler²⁷ slik som begrensninger på videresalgspris,²⁸ samt restriksjoner på parallellimport og markedsdeling, som regel ikke oppfyller vilkårene for unntak.^{29 30 31} I Retningslinjene for vertikale begrensninger kommer det imidlertid til uttrykk at visse alvorlige begrensninger, slik som begrensning av videresalg og aktivt salg, *kan* oppfylle vilkårene i unntaksbestemmelsen.³² Dette krever i korte trekk at gevinstene som realiseres gjennom avtalen oppveier for avtalens konkurransebegrensende virkninger.³³

Dersom avtalen tilfredsstiller vilkårene i unntaksbestemmelsen, er den lovlig og har virkning *inter partes* og i forhold til tredjeparter for den tid vilkårene er oppfylt. Ved en eventuell konflikt med tilsynsmyndighetene er det foretakene som har bevisbyrden for at vilkårene i tredje ledd er oppfylt.³⁴

2.2 Forholdet mellom § 10 første og tredje ledd

Vertikale avtaler kan ofte være positive for konkurransesituasjonen på markedet. I retningslinjene identifiserer Kommisjonen flere positive virkninger ved vertikale avtaler,³⁵

²⁷ Dette er konkurranserestriksjoner som anses som særlig alvorlige. Se til illustrasjon Kommisjonsforordning 330/2010 artikkel 4 og Forskrift 21.06.2010 nr. 898 § 4.

²⁸ Sakene 27/87 *Erauw-Jacquery* og 243/85 *SA Binon & Cie*.

²⁹ Se for eksempel sak T-66/92 *Herlitz* om eksportforbud som formålsrestriksjon.

³⁰ Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3, avsnitt 46, heretter omtalt som *Retningslinjer*, og Vertikale retningslinjer, avsnitt 96.

³¹ Sakene T-12 og 3/03 *Itouchu*, Kommisjonsavgjørelsen i COMP D3/34493 *DSD* og EU-domstolens avvisning i sak C-30/78.

³² Avsnitt 60-64, se også sak T-17/93 *Matra*.

³³ Se avsnitt 3.1.

³⁴ Sak 42/84 *Remia*, hvor Domstolen i premiss 45 slo fast at det «it is ... for the undertakings concerned to present to the Commission the evidence intended to establish the economic justification for an exemption». Se også artikkel 2 i Rådsforordning 1/2003 og Vertikale retningslinjer avsnitt 96.

³⁵ Vertikale retningslinjer, avsnitt 106 flg.

og det utpekes en rekke situasjoner som kan berettigje vertikale begrensninger. Opplistingen illustrerer godt de vertikale avtalenes mulige positive virkninger, og disse kan særleg gjøre seg gjeldende når forutsetningen er at foretakene har markedsandeler over 30 %. Dette fordi foretakene i slike tilfeller har en viss markedsrett, og dermed er i stand til å bøte på ulike markedsproblemer.

Vertikale avtaler kan i følge retningslinjene løse det problem at gratispassasjerer drar nytte av de fasiliteter avtalepartene har investert i.³⁶ De kan også gjøre et foretaks eller et nytt produkts etablering på nye markeder lettere.³⁷ Eksklusivitetsavtaler kan gjøre partene mer villige til å investere i fasiliteter som kommer produktet til gode.³⁸ Vertikale avtaler kan også lede til en mer effektiv utnyttelse av foretakenes ressurser slik at avtalepartene oppnår stordriftsfordeler.³⁹ Også situasjoner hvor kapitalmarkedet er *ufullkomment* kan avhjelpes ved vertikale begrensninger.⁴⁰ Vertikale samarbeid kan vidare føre til at kvaliteten på de allerede eksisterende produktene på markedet bedres.⁴¹

I retningslinjene redegjøres det ikke klart for om disse virkningene er å anse som effektivitetsgevinster i relasjon til unntaksbestemmelsen, eller om de skal tas i betraktning under forbudsbestemmelsen. Opplistingen er ikke eksplisitt tilknyttet en vurdering under første eller tredje ledd. De positive virkningene i avsnitt 107 dekkes ikke naturlig av ordlyden i unntaksbestemmelsens første vilkår om forbedringer i «produksjonen» eller i «fordelingen av varene», eller forbedringer i «den tekniske eller økonomiske utvikling». Domstolen har imidlertid anerkjent hensyn som ikke omfattes direkte av ordlyden i tredje ledd. I *Metro*⁴² ble sysselsettingshensyn ansett relevant under unntaksbestemmelsens første vilkår. Sysselsetting ble ansett for å ha en stabiliserende virkning som bedret produksjonen,

³⁶ Ibid avsnitt 107

³⁷ Ibid avsnitt 107 b)

³⁸ Ibid avsnitt 107 e)

³⁹ Ibid avsnitt 107 g)

⁴⁰ Ibid avsnitt 107 h)

⁴¹ Ibid avsnitt 107 i)

⁴² Sak 26/76.

slik at dette derfor var relevant i analysen av det første vilkåret.⁴³ Mer enn det som følger eksplisitt av ordlyden kan dermed være relevante effektivitetsgevinster, slik at også virkningene i retningslinjenes avsnitt 107 kan tenkes omfattet av første vilkår i unntaksbestemmelsen.

I alle tilfeller kan det *argumenteres* for at fordelene som opplistes i avsnitt 107 ikke er å regne som relevante effektivitetsgevinster tilknyttet unntaksbestemmelsen. Et spørsmål er da om disse forholdene kan få betydning under forbudsbestemmelsen.

I vurderingen av hvorvidt avtalen har til «virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen» jf. første ledd, skal man i henhold til rettspraksis se avtalen i dens rettslige og økonomiske kontekst, og vurdere hvordan situasjonen ville vært uten avtalen.⁴⁴ I denne vurderingen må det tas hensyn til både faktisk og potensiell konkurranse. Dersom avtalen medfører at en aktør utenfor markedet kan etablere seg på markedet, og aktøren ikke var å regne som en potensiell konkurrent foruten avtalen, vil ikke avtalen begrense potensiell konkurranse på markedet. Slik konkurranse eksisterte ikke uten avtalen.

For de positive virkningene i retningslinjenes avsnitt 107 kan dette ha følgende betydning: Vertikale begrensninger på intramerke-konkurransen er relevante for hvorvidt avtalen har til virkning å begrense konkurransen jf. første ledd.⁴⁵ Imidlertid kan uttalelser i rettspraksis tyde på at visse intramerke-restriksjoner kan falle utenfor forbudsbestemmelsens anvendelsesområde dersom konkurransebegrensningene var nødvendige for å entre et nytt marked: I *STM* uttalte Domstolen at «[i]t may be doubted whether there is an interference with competition if the said agreement seems really necessary for the penetration of a new area by an undertaking».⁴⁶ Denne uttalelsen kan tale for at fordeler som består av å «åpne

⁴³ Se note 19 og 23.

⁴⁴ Se for eksempel sak 56/65 *STM* premissene 249-250 og forente saker T-374/94 flg. premiss 137.

⁴⁵ Forente saker 56 og 58/64 *Consten and Grundig*.

⁴⁶ Sak 56/65 premiss 250. Gjentatt i sak T-328/03 *O2* premiss 68.

eller etablere seg på nye markeder»⁴⁷ skal tas i betraktning under *forbudsbestemmelsen* i første ledd. En annen tolkning av utsagnet kan være at det avgjørende i et slikt tilfelle er at det kanskje ikke vil foreligge potensiell konkurranse foruten avtalen, jf. uttrykket «necessary». At avtalen bringer en fordel ved å åpne markedet er i så fall uten betydning; poenget er at det uten avtalen ikke forelå noen konkurranse som kunne begrenses, og at avtalen dermed ikke er konkurransebegrensende jf. første ledd.⁴⁸

Denne praksis synes å ha dannet grunnlaget for Kommisjonens analysemodell av det kontrafaktiske scenario ved begrensninger på intramerke-konkurransen. Modellen bygger på at visse begrensninger på intramerke-konkurransen kan falle utenfor forbudsbestemmelsen fordi de er objektivt nødvendige for gjennomføringen av avtalen. Det må i disse tilfellene foreligge «objektive faktorer som er eksterne i forhold til partene selv»,⁴⁹ noe som medfører at de situasjoner som er opplistet i de vertikale retningslinjenes avsnitt 107 kan utgjøre slike «objektive faktorer». Betydningen av dette er i så fall at intramerkebegrensningene kan falle utenfor forbudsbestemmelsen i de tilfellene det foreligger slike situasjoner som er identifisert i avsnitt 107.

I situasjoner med *ufullkomment kapitalmarked*, kan det være slik at finansieringsforetak ikke vil lånefinansiere en aktørs markedsetablering. Dersom en leverandør i stedet yter ham dette lånet mot en konkurranseklausul, vil denne restriksjonen kunne være nødvendig for å bøte på markedets suboptimale kapitalforhold. Følgen kan være at begrensningen faller utenfor forbudsbestemmelsen.

Kommisjonen uttrykker i avsnitt 29⁵⁰ at testen de oppstiller i avsnitt 18 (2) for de konkurransebegrensningene som er objektivt nødvendige, er den samme som for *tilknyttede begrensninger* – som også faller utenfor forbudet i første ledd. Det er derfor ikke

⁴⁷ Vertikale retningslinjer avsnitt 107 b)

⁴⁸ Se også sak 258/78 *Nungesser* premissene 57-58.

⁴⁹ Retningslinjer avsnitt 18 (2)

⁵⁰ I retningslinjene.

nødvendigvis klare skiller mellom de tilfeller hvor begrensninger på intramerkekonkurransen anses som tilknyttede, og når de er «objektivt nødvendige» i relasjon til retningslinjenes avsnitt 18 2). I rettspraksis blir heller ikke disse «kategoriene» for objektivt nødvendige begrensninger alltid uttrykt klart, idet testen er den samme for intramerkebegrensningene.^{51 52}

Bakgrunnen for den noe positive holdningen til begrensninger på intramerkekonkurransen kan være at slike begrensninger ofte styrker distributørens stilling i konkurransen med distributører av andre produkter, og er dermed positivt for intermerkekonkurransen. Fordelen er særlig klar der intermerkekonkurransen er svak fra før. I *Consten and Grundig*⁵³ fant Domstolen at også intramerke-restriksjoner kan være i strid med forbudsbestemmelsen. På side 342 ble det uttalt at

«[a]lthough competition between producers is generally more noticeable than that between distributors of products of the same make, it does not thereby follow that an agreement tending to restrict the latter kind of competition should escape the prohibition of Article [101(1)] merely because it might increase the former».

Styrket intermerkekonkurranse er således ikke noe som utelukker at intramerkekonkurransen kan være begrenset i strid med § 10 første ledd. Men det er likevel grunnlag for å hevde at det kan ha betydning at avtalen styrker intermerkekonkurransen, jf. det som er sagt over om uttalelsene i *STM*.

Analysen av effektivitetsgevinster er ofte et spørsmål om sannsynlighet,⁵⁴ og er dermed ingen eksakt vitenskap.⁵⁵ I denne oppgaven har jeg forutsatt at avtalene er forbudt etter

⁵¹ Se for øvrig sak 27/87 *Erauw-Jacquéry*, premissene 10-11.

⁵² Kommisjonens analyse av intrabrand-begrensningene som faller utenfor forbudsbestemmelsen kan trolig sies å ha blitt utvidet til også å gjelde for intermerke-begrensninger i horisontale avtaler. Se for eksempel sak T-328/03 *O2*.

⁵³ Forente saker 56 og 58/64.

⁵⁴ Sak T-168/01 *GlaxoSmithKline*, premiss 302.

forbudsbestemmelsen i første ledd, og jeg behandler derfor de positive virkningene i avsnitt 107 i relasjon til unntaksbestemmelsen.⁵⁶ Etter Rådsforordning 1/2003 er det uansett foretakene selv som skal vurdere hvorvidt de oppfyller unntaksbestemmelsens vilkår, og de vil dermed se forbuds- og unntaksbestemmelsen i sammenheng. Vertikale begrensningers positive virkninger, uavhengig av om de kategoriseres under første eller tredje ledd, vil i hovedsak måtte bestå den samme testen. Imidlertid er det viktig å merke seg at det er *foretakene* som har bevisbyrden for at vilkårene i tredje ledd er oppfylt, i motsetning til etter første ledd.

⁵⁵ Faull (2007) avsnitt 3.435, samt retningslinjenes vage uttrykk om beregning av effektivitetsfordelene.

⁵⁶ Se retningslinjenes avsnitt 108 som støtte for at disse positive virkningene er relevante under tredje ledd.

3 Effektivitetsgevinster

3.1 Hva er en effektivitetsgevinst?

Det første vilkåret i § 10 tredje ledd stiller krav om at avtalen må bidra til «å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling». Sistnevnte alternativ sikter til forbedring av den dynamiske konkurransen. Vilkaåret omhandler effektivitetsforbedringer, altså en bedring i ressursutnyttelsen i samfunnet som fører til samfunnsøkonomisk overskudd. Det er de ulike forbedringene som realiseres på grunn av avtalen som utgjør effektivitetsgevinster i relasjon til det første vilkåret.

Som redegjort for i kapittel 2, er det i samfunnsøkonomisk perspektiv ikke relevant hvorvidt avtalen gir avtalepartene gevinster dersom dette ikke også medfører gevinster for samfunnet. Bedriftsøkonomiske gevinster er ikke nødvendigvis sammenfallende med samfunnsøkonomiske gevinster, og rene bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser som følge av at partene utøver av markedsrett vil ikke være relevant.⁵⁷ I *Consten and Grundig*⁵⁸ uttalte Domstolen at forbedringene «cannot be identified with all the advantages which the parties to the agreement obtain from it in their production or distribution activities».⁵⁹ En slik subjektiv metode er ikke forenlig med artikkel 101 i TEUV.⁶⁰ Forbedringene etter tredje ledd må være «appreciable objective advantages of such a character as to compensate for the disadvantages which [are caused] in the field of competition».⁶¹

⁵⁷ Retningslinjer avsnitt 49.

⁵⁸ Forente saker 56 og 58/64 *Consten and Grundig*.

⁵⁹ S. 348.

⁶⁰ Tilsvarende konkurranseloven § 10.

⁶¹ Forente saker 56 og 58/64 s. 348.

Dersom en realisert kostnadsbesparelse for foretakene tilsvarer et tap hos andre aktører, for eksempel gjennom økte priser for forbrukerne, er dette en ren omfordeling av godene, og altså ikke et overskudd innvunnet gjennom mer effektiv ressursutnyttelse.

Effektivitetsgevinstene må tilknyttes ordlyden i det første vilkåret. Bedringer i «produksjonen eller fordelingen av varer», eller i «den tekniske eller økonomiske utvikling», kan realiseres på flere måter. En form for effektivitetsgevinst er kostnadsbesparelser. Denne gevinsten kan oppnås gjennom vertikale avtaler som søker å oppnå rasjonaliseringer i drift, stordriftsfordeler eller teknisk utvikling.⁶² En annen *kategorisering* av kostnadsbesparelsene er å skille mellom de som er reelle og de avtaler som bare omfordeler kostnadene, eksempelvis ved at foretakene reduserer sine utgifter til skatter og avgifter.⁶³ En annen type effektivitetsgevinst er kvalitative forbedringer, slik som nye eller bedre produkter, produksjonsprosesser og forbedret distribusjon.

Effektivitetsgevinster som kan utledes av vertikale avtaler er mange, og de vil bli presentert i det følgende. Det er ikke klare skiller mellom de ulike formene for effektivitetsgevinster, og én avtale kan realisere flere ulike gevinster. I retts- og kommisjonspraksis har det ikke vært avgjørende å «klassifisere» gevinstene etter ordlyden i det første vilkåret. Domstolen gir et mer generelt uttrykk for gevinster, eksempelvis «the economic justification for an exemption» og avtalens «beneficial economic effects».⁶⁴

3.1.1 Stordriftsfordeler og rasjonalisering

Gjennom vertikale avtaler kan foretakene oppnå stordriftsfordeler, typisk tilknyttet distribusjon, men også innen produksjon. Stordriftsfordeler oppstår når kostnadene per produserte enhet avtar ved økt produksjon, altså når grensekostnaden blir lavere per ekstra

⁶² Se Hildebrand (2009) s. 303.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Sakene 43 og 63/82 *VBVB and VBBB* premiss 52 og 66/86 *Ahmed Saeed* premiss 25.

enhet.⁶⁵ En vertikal avtale mellom ikke-konkurrenter kan for det første innebære en samordning av produktets fremstilling eller fordelingen av varene. Stordriftsfordelene kan i denne sammenheng omfatte reduserte kostnader i flere henseender. Dersom fremstillingen av produktet krever at råvaren bearbeides av flere ledd for å fremstille produktet, kan det være bedriftsøkonomisk mindre tyngende for aktørene å samarbeide om fremstillingen. Ved å integrere deler av lavere- eller høyerestående ledds aktivitet i foretakets egen aktivitet, vil bedriftene kunne oppnå stordriftsfordeler som for eksempel reduserte faste og variable kostnader i forbindelse med produksjonen.

Stordriftsfordeler tilknyttet distribusjon er også relevante, typisk dersom den samme aktivitet utføres av flere ledd i omsetningskjeden, som salg eller markedsføring. En bedring i distribusjonen, dvs. «fordelingen av varene» jf. første vilkår, vil med enkle grep kunne realiseres gjennom vertikale samarbeid mellom de ulike ledd i en distribusjonskjede.

Tilfeller der flere ulike ledd i produksjons- eller distribusjonskjeden driver lagerhold kan innebære u hensiktsmessige kostnader. Det kan her være muligheter for samarbeid mellom de ulike foretakene om lagerhold for å oppnå en mer optimal størrelse på beholdningen. Også logistikkssystemer og varetransport tilknyttet produktet kan tenkes best utnyttet dersom dette styres fra et felles lager. Foretakene vil kunne samkjøre sin transport og således spare transaksjonskostnader. Dersom foretakene integrerer seg i et system eller nettverk av distributører, vil også andre transaksjonskostnader som søke-, informasjons- og forhandlingskostnader kunne reduseres.

Ved å inngå avtaler om produksjon eller distribusjon kan stordriftsfordeler medføre kostnadsbesparelser, for eksempel raskere produksjon, «punktlig levering, reduserte

⁶⁵ Kostnadsbesparelser kan realiseres raskere ved reduksjon i de variable kostnadene heller enn reduksjon i de faste kostnadene. Reduksjoner i de faste kostnadene vil måtte behøve lengre tid for å lede til reduksjon i sluttpris. Reduksjon i de variable kostnadene vil raskere redusere grensekostnaden, noe som gir mulighet til å senke produktenes sluttpris.

lagerkostnader og reduserte problemer med ukurante produkter».⁶⁶ Foretakene kan på denne måten unngå unødvendig tidsbruk i forbindelse med utsending, forhindre uutnyttet plass ved transport, samt at de kan redusere lønnsutgifter forbundet med en mer hyppig levering. En mer organisert fordeling av varene vil i mange tilfeller også føre til bedre fordeling av varene.⁶⁷

3.1.1.1 Hvilke avtaler kan realisere stordriftsfordeler?

Det er særlig avtaler om enedistribusjon, selektiv distribusjon, mengdeforpliktelser og eksklusiv kjøpsplikt, eller kombinasjoner av disse, som er egnet til å oppnå stordriftsfordeler.⁶⁸ Selektive distribusjonsavtaler er særlig egnet til å realisere stordriftsfordeler knyttet til transport, da distribusjonsnettet kan organisere faste og fullt utnyttede leveranser til de enkelte distributører i nettverket.⁶⁹

Stordriftsfordeler innen distribusjon kan realiseres gjennom avtaler om eksklusiv distribusjon eller eksklusive kjøpsavtaler, hvor det understående leddet i en omsetningskjede kan forplikte seg til å kjøpe varer av en bestemt art eller merke utelukkende fra én leverandør. Gjennom eksklusivitetsavtaler kan transaksjonskostnadene reduseres ved at partene har færre aktører å forholde seg til. Kjøper kan pålegges en plikt til å gjøre sine innkjøp kun fra én leverandør, og han kan dermed planlegge distribusjonen deretter, ved for eksempel å ta høyde for bedre planlegging av lagerkapasitet, transport og videresalg. Også leverandøren kan planlegge produksjon og videresalg bedre dersom han leverer eksklusivt til distributører. I *DSD*⁷⁰ fant Kommisjonen at den omhandlede eksklusive kjøpsavtalen førte til bedre planlegging på lang sikt, samt en sikrere organisering av distribusjonen. I *Cégétel*⁷¹ fant Kommisjonen at den eksklusive

⁶⁶ Retningslinjer avsnitt 65.

⁶⁷ Ibid avsnitt 64-68.

⁶⁸ Vertikale retningslinjer avsnitt 109.

⁶⁹ Ibid avsnitt 185.

⁷⁰ COMP D3/34493. Vurderingen i tilknytning til tredje ledd ble opprettholdt etter anke i sak T-289/01 *DSD*.

⁷¹ Sak IV/36.592.

distribusjonsavtalen medførte at leverandøren «will not need to maintain numerous business relations with a large number of distributors [in France], and hence will be in a position to reduce its transaction costs, allowing for the realisation of efficiencies in distribution». ⁷²

Som et alternativ til eksklusivitetsavtaler kan det avtales klausuler som har mindre konkurransebegrensende virkning. Leverandøren kan fremforhandle en forpliktelse for kjøper til å handle varer av et gitt kvantum – mengdeforpliktelser, eller oppnå samme effekt som mengdeforpliktelser eller eksklusivt kjøp ved å gi kvantumsrabatter for å binde til seg kjøper. Kjøper vil da konsentrere størsteparten av sine innkjøp til én leverandør. Ulike konkurranseklausuler kan føre til mengdeforpliktelser, eksempelvis krav om minstekjøp, krav om lagerhold, mengderabatter, betingede rabatter, eller prisordninger med fast gebyr med lavere enhetspriser. Slike avtaler vil i stor grad gi lignende virkninger som eksklusive kjøps- eller distribusjonsavtaler, og stordriftsfordelene kan oppnås på samme måte. Rasjonaliseringen av foretakenes drift kan åpne for kostnadsbesparelser.

Også avtaler om enedistribusjon kan medføre stordriftsfordeler, særlig tilknyttet lagerhold, transport og distribusjon. ⁷³ Leverandøren leverer i disse tilfeller kun til én distributør, noe som gjør det betraktelig enklere å planlegge produksjon og leveranser. Det vil være nær kontakt mellom leverandør og distributør, og distributøren kan gi tilbakemeldinger til leverandøren for eksempel om endringer i etterspørselsmønsteret, kvalitetsmangler eller om forbedringspotensial tilknyttet produksjon eller leveranser. Dette kan spare leverandøren for store kostnader og rasjonalisere driften. Også distributørens utgifter kan reduseres ved at sistnevnte kan konsentrere sin innsats om et snevrere utvalg produkter, og at de investeringer han gjør tilknyttet distribusjonen lettere kan innvinnes gjennom enedistribusjonsavtalen.

⁷² Premiss 57.

⁷³ Vertikale retningslinjer avsnitt 164.

Avtaler om distribusjonsvederlag⁷⁴ er en annen type vertikal avtale som kan realisere stordriftsfordeler.⁷⁵ I disse avtalene betaler leverandøren en avgift til distributøren for å få adgang til distribusjonsnett, eller som en kompensasjon til distributøren for usikkerhet med hensyn til sistnevntes salg av et nytt produkt. Leverandøren kan velge å kombinere slike vederlag med en kanalisering av sine salg til én distributør, slik som er tilfellet ved en eksklusiv leveringsavtale. Leverandøren er gjerne den av partene som har mest kjennskap til hvordan etterspørselen etter et nytt produkt vil være, og han er derfor bedre egnet til å anslå det riktige kvantum som bør distribueres. Ved at leverandørene på denne måten konkurrerer om distributørenes hylleplass, kan aktørene oppnå en mer effektiv plassutnyttelse.⁷⁶ Distribusjonsvederlag kan i mange tilfeller medføre bedre planlegging av produksjon og salg, og kan redusere både leverandørens og distributørens utgifter forbundet med for stort eller for lite lagerhold, noe som kan gi stordriftsfordeler både for leverandør og distributør.

Stordriftsfordeler kan også oppnås gjennom avtaler om kategoristyring⁷⁷ i detaljistmarkedet, hvor leverandøren får kontroll med markedsføringen av en produktkategori som selges av distributøren og som inneholder flere merker enn leverandøren selv leverer. Distributøren lar altså leverandøren ta hånd om markedsføringen av leverandørens egne produkter, samt andre produktmerker innenfor en gruppe varer. Den informasjonen om etterspørsel som deles mellom distributør og leverandør kan redusere distribusjonskostnadene og øke begge partenes kostnadsmarginer. Stordriftsfordeler kan oppstå i distribusjonsleddet fordi avtaler om kategoristyring sikrer distributøren at den optimale mengden produkter gjøres tilgjengelig for forbrukerne til riktig tidspunkt. Distributørene kan på denne måten konsentrere investeringer og hylleplass til de bestselgende produktene. Også lagerhold og varebestilling kan planlegges bedre, noe som

⁷⁴ «Upfront access payments», se Vertikale retningslinjer avsnitt 203 flg.

⁷⁵ Goyder (2011) s. 68.

⁷⁶ Distribusjonsvederlag kan også være et tiltak som begrenser leverandørens mulighet til å dra gratis nytte av distributørens investering i for eksempel markedsføring av nye produkter. Dette fordi distribusjonsvederlaget tilbakefører risikoen for produktets suksess til leverandøren, se Vertikale retningslinjer avsnitt 208.

⁷⁷ «Category management», se Vertikale retningslinjer avsnitt 209 flg.

fører til lavere kostnad per kvantum. Aktørene i oppstrømsmarkedet kan på sin side oppnå stordriftsfordeler gjennom bedre produksjons- og leveranseneplanlegging og tilsvarende tilpasning av markedsføringen.⁷⁸

Det kan legges til at også franchiseavtaler kan være egnet til rasjonalisering av driften på grunn av kjedenes ensartede distribusjonssystemer og standardiserte føringer.⁷⁹

De reduserte kostnadene og stordriftsfordelene som de ovenfor nevnte avtalene medfører, kan frigjøre ressurser til andre formål. Dette kan blant annet gi utslag i lavere pris til forbrukerne. De frigjorte ressursene kan investeres i prosjekter som vil kan styrke den dynamiske konkurransen på markedet, eksempelvis dersom foretakene velger å investere i FoU eller på andre måter videreutvikle produktet eller tjenesten, se likevel avsnitt 3.2 om kravet til årsakssammenheng mellom avtalen og effektivitetsgevinstene.

3.1.2 Forhindre dobbel marginalisering og vertikale eksterne faktorer

Problemet med doble marginer er at prisen settes høyt og omsatt kvantum blir lavere enn dersom prisen hadde vært lik marginalkostnaden. Produsenten av en vare selger gjerne til en pris som er høyere enn marginalkostnaden, og distributøren videreselger til en pris som dekker de investeringer og kostnader han har i forbindelse med distribusjonen. I slike tilfeller opererer begge aktører med marginer for salg. Dersom distributøren selger til en lavere pris, vil produsenten likevel være sikret marginen han la inn i engrosprisen til distributøren. Hvis distributøren legger inn en prismargin, vil forbrukernes etterspørsel normalt synke⁸⁰ med den følge at produsenten ikke får solgt like store kvanta til detaljisten. For å forhindre doble marginer, for lav salgsinnsats fra distributøren, eller for å tilpasse partenes incentiver, kan foretakene inngå vertikale avtaler. Forhindring av vertikale eksterne faktorer kan dermed utgjøre en forbedring i distribusjonen.

⁷⁸ Se sak COMP/M.3732 *Procter & Gamble/Gillette* om kategoristyring i forbindelse med fusjonskontroll.

⁷⁹ Se Kommisjonens argumentasjon i sak IV/31.697 *Charles Jourdan*.

⁸⁰ Med mindre produktet er et nødvendighetsgode.

3.1.2.1 Avtaler som kan forhindre doble marginer

Avtaler som pålegger distributøren en maksimal videresalgspris sikrer at distributøren ikke setter prisen for høyt og dermed at etterspørselen etter produktet ikke synker. I slike tilfeller må distributøren effektivisere sin salgsinnsats for at han ikke skal tape på grunn av avtalens prisrestriksjon. Dersom leverandøren finner en veloverveid maksimal utsalgspris som han pålegger distributøren, kan dette sikre den ønskede etterspørsel og samtidig medføre konkurransedyktige priser. Distributørens innsats med hensyn til transport, lagerhold, service og øvrige drift vil samtidig effektiviseres.⁸¹

Avtalens lineære prisfastsettelse sikrer markedet lavere utsalgspriser, hvilket er positivt for forbrukerne og for konkurransepresset på markedet. Denne positive virkningen kan knyttes til en forbedret distribusjon, slik det første vilkåret blant annet stiller krav om.

Også avtaler om selektiv distribusjon og eneforhandleravtaler kan forhindre problemer tilknyttet vertikale eksterne faktorer. I slike avtaler, særlig i selektiv distribusjon, kan det stilles kvalitative og kvantitative krav til distributøren, som for eksempel krav til lokalisering, produktutvalg, markedsføring, kompetanse og service, mens distributøren i eneforhandleravtaler vil konsentrere sin innsats om leverandørens produkter. Disse formene for distribusjon vil ofte medføre en mer intens salgsinnsats ved at forretningenes hovedfokus ligger på nettverkets eller leverandørens produkter. Selv om distributørens videreselger med en margin i pris, kan deres sterke salgsinnsats opprettholde forbrukernes etterspørsel, og dermed dekke både leverandørens og distributørens marginer.⁸² En styrket salgsinnsats vil forbedre distribusjonen, jf. det første vilkåret i § 10 tredje ledd.

⁸¹ Se generelt om dette i Vertikale retningslinjer avsnitt 107 f) og 229.

⁸² Ibid.

3.1.3 Forhindre gratispassasjerproblemet, øke investeringsviljen og etablering av aktivitet på nye markeder

Gratispassasjerproblemer oppstår når en aktør drar nytte av en annen aktørs investeringer. Dersom en leverandør investerer i markedsføring i en distributørs lokaler, vil han ønske å forhindre andre leverandører fra å dra nytte av dette. Hvis det er distributøren som har investert i markedsføringen, vil han forhindre at andre distributører får utnytte dette. Kommisjonen legger til grunn at gratispassasjerproblemet må være reelt, eksempelvis ved at investeringene er tilknyttet nye eller teknisk avanserte produkter eller produkter hvor omdømme er viktig. På nedstrømsmarkedet må gratispassasjerproblemet relatere seg til tjenester *før* salg, altså ikke tjenester hvor utgiftene kan belastes kundene individuelt.⁸³ Dersom problemet ikke er reelt, vil avtaler som søker å forhindre dette ikke utgjøre en effektivitetsgevinst.

Investeringer av forskjellig art er nødvendige for at produksjon og distribusjon skal forløpe effektivt. Dette kan for eksempel være investeringer i markedsføring, utvinningsprosesser for råvarer og tilpasning eller etablering av distribusjonskanaler. Investeringene kan være av den type som innvinnes raskt, eller slike som er nødvendige for å etablere konkurranseaktivitet. Engangsinvesteringer utgjør gjerne en fast kostnad som ikke alltid vil inntjenes gjennom økt salg. Investeringene kan også være kundespesifikke, altså slike investeringer hvor utnyttelsen kun vil komme det enkelte kundeforhold til gode, eller i alle fall redusere verdien betraktelig dersom investeringen benyttes til andre kundeforhold.

Åpning og etablering av aktivitet på nye markeder utvider markedet for konkurranse, og er derfor gunstig for konkurransen. En satsning på konkurransevirkosomhet på nye markeder medfører en del kostnader, særlig førstegangsinvesteringer. Foretak vil derfor være tilbakeholdne med å åpne eller etablere aktivitet dersom de ikke har en viss sikkerhet for sine investeringer.

⁸³ Ibid avsnitt 107 a)

Dersom det er en reell fare for at investeringene ikke vil bli foretatt på grunn av kostnadsbyrden og usikkerheten tilknyttet fortjeneste, kan det være effektivt at foretakene tillates å avtale konkurranserestriksjoner som «sikkerhet» for investeringene. Kommisjonen stiller en rekke krav til at det skal foreligge en slik reell fare. For det første må investeringen være relasjonsspesifikk, for eksempel at den er knyttet til en spesiell merkevare som leverandøren selger. For det andre må investeringen være langsiktig; den skal altså ikke kunne inntjenes på kort sikt, og den må være asymmetrisk, det vil si at det ene foretaket investerer mer enn det andre.⁸⁴

At vertikale avtaler kan øke investeringsviljen kan imidlertid anses relevant under virkningsvurderingen i *forbudsbestemmelsen*.⁸⁵ Avtalene bøter en markedssvikt grunnet suboptimale investeringer, og de positive virkningene kan dermed anses for ikke å være *effektivitetsgevinster* jf. tredje ledd. Når økt investeringsvilje anses som en effektivitetsgevinst tilknyttet unntaksbestemmelsen, er det fordi investeringer medfører bedre produksjon eller distribusjon ved at fremstillingen eller distribusjonen blir finansielt utbedret. Avtalene kan også medføre teknisk eller økonomisk utvikling, avhengig av hva det investeres i.

Avtaler om lansering av nye produkter øker intermerke-konkurransen på det relevante marked. Imidlertid kan også dette være relevant under den kontrafaktiske analysen i *forbudsbestemmelsen*. Dersom avtalen styrker intermerke-konkurransen, kan avtalen anses å *ikke* ha til virkning å begrense konkurransen. Introduksjon av nye produkter vil under *tredje* ledd kunne anses å styrke den dynamiske konkurransen, eksempelvis gjennom teknisk utvikling. Nye produkter kan også øke forbrukernes behovstilfredsstillelse.

⁸⁴ Ibid. avsnitt 107 d).

⁸⁵ Se oppgavens avsnitt 2.2.

3.1.3.1 Vertikale avtaler kan forhindre gratispassasjerproblemet, øke investeringsviljen og bidra til etablering på nye markeder

Avtaler som gir områdebeskyttelse for den ene avtalepartens aktivitet kan forhindre gratispassasjerproblemet, de kan motivere foretak til å gjøre relasjonsspesifikke investeringer eller førstegangsinvesteringer på nye markeder, og de kan være nyttige for å introdusere nye produkter på markedet.⁸⁶

Dersom leverandøren gir distributøren en viss grad av områdebeskyttelse, vil distributøren være mer villig til å bruke sin kapasitet på for eksempel markedsføring fordi risikoen da er lavere for at andre distributører drar nytte av hans innsats. I slike tilfeller unngår man at forbrukerne skaffer seg produktinformasjon hos distributøren som har investert i markedsføring, for deretter å kjøpe produktene hos en annen distributør som *ikke* har investert i markedsføring. Områdebeskyttelse forhindrer dermed utnyttelse av andres investeringer. Se imidlertid over om hvilke krav Kommisjonen stiller til gratispassasjerproblemet for at det skal anses reelt.

Områdebeskyttelse kan også øke motivasjonen til å foreta relasjonsspesifikke investeringer. Dersom distributøren blir gitt en områdebeskyttelse for distribusjon på den betingelse at han investerer i spesifikke transportkanaler for merkeprodukter som han kjøper fra en leverandør, vil distributøren være mer villig til å dekke utgiftene til transportkanalene. Distributøren vil i et slikt tilfelle også bli beskyttet mot gratispassasjerers utnyttelse av investeringene.

Avtaler om enedistribusjon og eksklusiv distribusjon vil også kunne forhindre gratispassasjerproblemet idet det kun er én distributør som har rett til å (videre)selge produktet. De øvrige distributørene vil i tilfelle av en enedistribusjonsavtale eller en eksklusiv distribusjonsavtale ikke kunne dra nytte av enedistributørens investeringer tilknyttet for eksempel markedsføring eller merkespesifikke utgifter.⁸⁷

⁸⁶ Wijckmans (2011) avsnitt 10.49.

⁸⁷ Vertikale retningslinjer avsnitt 107 og 172.

Enedistribusjon kan også avhjelpe problemer relatert til lansering av nye produkter.⁸⁸ Dersom produktet som introduseres på markedet er av høy kvalitet eller av relativt høy verdi, vil en avtale om enedistribusjon hvor distributøren som velges har høy kompetanse, luksuriøse lokaler eller kun distribuerer kvalitetsprodukter kunne gjøre produktlanseringen vellykket. Enedistributørens investeringer tilknyttet markedsføring av det nye produktet vil heller ikke kunne bli utnyttet av andre distributører.

Konkurransseklausuler og mengdeforpliktelser som pålegges distributøren kan også sikre at *leverandøren eller produsenten* på oppstrømsmarkedet er villig til å foreta kundespesifikke investeringer. Dersom leverandøren eller produsenten av en merkevare må tilpasse sin produksjon eller sine leveranser til et isolert kundeforhold for å rasjonalisere distribusjonen av varene, vil et forbud mot at distributøren fører konkurrerende merkevarer gi aktørene på oppstrømsmarkedet sikkerhet for at investeringene vil bli avskrevet over tid. Det samme kan oppnås dersom distributøren pålegges en forpliktelse til å kjøpe visse kvanta til avtalte tidspunkt.

Selektive distribusjonsavtaler, hvor leverandøren for eksempel stiller krav til distributørens lokaler, kunnskap, service eller reparasjonstilbud, kan avhjelpe hindringer ved å introdusere nye produkter på markedet. Ved å la produktet distribueres av forhandlere som kjennetegnes av kvalitet, eksklusivitet, sikkerhet og kundetrygghet vil kundene lettere ledes til kjøp av produkter som distribueres selektivt. Dette er særlig relevant for nye eller komplekse produkter, tillits- og erfaringsprodukter, hvor etterspørselen ofte er elastisk. Tillitsprodukter kan være produkter hvor det stilles krav til sikkerhet eller kvalitet, eksempelvis biler og vaskemaskiner av visse merker. Erfaringsprodukter kan være spilltjenester eller opplevelsesprodukter slik som restaurantservice. Dersom distribusjonen av det nye produktet ikke er begrenset, risikerer produsenten eller leverandøren at de utvalgte forhandlerne i et selektivt distribusjonsnett ikke vil føre produktet på grunn av dets manglende kvalitet, slik at lanseringen dermed ikke vil lykkes. Selektiv distribusjon kan

⁸⁸ Ibid avsnitt 164.

sikre en vellykket introduksjon av disse produktene på markedet, og intermerkekonkurransen på nedstrømsmarkedet kan dermed øke slik at både produksjon og distribusjon vil effektiviseres. Selektiv distribusjon forhindrer også at distributørene opptrer som gratispassasjerer, da det selektive distribusjonssystemet stiller krav til *alle* distributørene i nettverket, samt at det gjerne er restriksjoner på salg til distributører utenfor distribusjonssystemet.⁸⁹

I kommisjonsavgjørelsen *BMW AG*⁹⁰ vurderte Kommisjonen effektivitetsvirkningene av en selektiv distribusjonsavtale. Konkurranserestriksjonene omfattet blant annet krav til selgerens lokaler, kvalifikasjoner og service. Avtalen ble ansett å gi positive virkninger både for produksjonen og fordelingen av varene, blant annet ved en bedre lagring av bilene, bedre vedlikehold og service. Serviceytelsen ble blant annet forbedret på grunn av avtalens krav til kvalifiserte forhandlere. Avtalen la også til rette for tilbakemeldinger til produsenten, og ga dermed mulighet for produksjonstilpasninger for kundene, samt sikrere lagring og bedre tilgjengelighet av reservedeler. Forbrukerne ble også sikret en rimelig andel av disse forbedringene.

Franchiseavtaler kan også bidra til markedsetablering idet avtalene senker etableringshindrene for distributørene. Aktøren på nedstrømsmarkedet betaler en avgift og får bli en del av et etablert nettverk med kunnskap om markedet og knowhow, og vil dermed ha større incentiv til å foreta etableringsinvesteringer. Sikkerheten han får gjennom distribusjonsnettets kunnskap og anseelse vil trygge den potensielle konkurrentens posisjon. Franchiseavtalers alminnelige begrensninger hva angår etablering, geografiske restriksjoner, utsalgspriser, beskyttelse av varemerke eller logo og krav til standardisert service hindrer også at gratispassasjerer benytter seg av kjedens kunnskap og markedsanseelse. En annen virkning er at de foretak som ikke tar del i kjedens beskyttede immaterielle rettigheter kan få incentiver til selv å utvikle egen kunnskap. Avtalerestriksjonene vil også kunne styrke konkurransen mellom lignende kjeder og

⁸⁹ Ibid avsnitt 185.

⁹⁰ IV/14.650.

lignende spesialforretninger, eksempelvis på pris og service, samtidig som franchisetakeren får anledning til å konsentrere salgsinnsatsen til sitt begrensede område.⁹¹

3.1.4 Forbedre muligheten for investeringer på distribusjonsnivået

Ufullkommenhet i kapitalmarkedet oppstår når foretak i enkelte ledd i omsetningskjeden ikke selv kan finansiere prosjekter eller når finansieringsinstitusjoner er motvillige til å yte lån. I slike tilfeller vil markedet være forhindret fra at satsningsvillige foretak utnytter markedskapasiteten fullt ut ved å etablere seg eller utvide sin aktivitet. Det forutsettes altså en markedssvikt i kapitalmarkedet. Denne situasjonen kan avhjelpes gjennom vertikale avtaler, eksempelvis ved at leverandøren på grunn av sitt forretningsforhold med distributøren er villig til å yte distributøren et lån.⁹² Som motytelse vil det normalt pålegges distributøren visse klausuler som begrenser konkurransen. Det kan også inngås leasingavtaler, slik at distributøren til slutt blir eier av for eksempel et utsalgssted. Slike «private» lån mellom foretak i forskjellige ledd i omsetningskjeden kan øke antallet konkurrenter siden lånet gjør det mulig for foretakene å etablere seg eller utvide sin virksomhet på nedstrømsmarkedet. Slike avtaler senker etableringshindrene på det relevante marked, og kan skape økt konkurranse på det aktuelle trinnet omsetningskjeden – i alle fall på lengre sikt. Den konkurransebegrensende avtalen vil normalt bestå så lenge låneavtalen løper.⁹³ Når lånet er nedbetalt eller gir en rimelig avkastning, vil avtalen sies opp, og markedet vil stå igjen med en «fri» konkurranseaktør.

Det kan imidlertid tenkes at avtalenes forbedring av kapitalmarkedets svikt skal tas i betraktning under *første* ledd.⁹⁴ Dersom man forutsetter at kapitalmarkedets ufullkommenhet medfører at distributøren ikke ville kunne etablere seg på markedet, kan han under omstendighetene anses for *ikke* å være en potensiell konkurrent. Avtalen kan dermed anses for *ikke* å begrense den aktuelle eller potensielle konkurransen i strid med

⁹¹ Sak IV/31.428-31.432 *Yves Rocher*.

⁹² Vertikale retningslinjer avsnitt 107 h)

⁹³ Se nedenfor i avsnitt 5.2 om tidsaspektet.

⁹⁴ Se avsnitt 2.2.

første ledd. På grunn av markedssvikten kan låneavtalen være nødvendig for at distributøren skal kunne entre markedet. Således vil svikt i kapitalmarkedet være noe som under omstendighetene kan lede avtalen ut av forbudsbestemmelsens anvendelsesområde.

I relasjon til tredje ledd kan effektivitetsgevinsten bestå i en forbedring av «den tekniske eller økonomiske utvikling» idet avtalen for eksempel kan medføre at det blir flere aktører eller realisere utbedringer av produksjonsprosesser. Også selve distribusjonen kan forbedres ved private lån slik at effektivitetsgevinstene knytter seg til forbedringer i «fordelingen av varene».

3.1.4.1 Hvilke avtaler kan bedre situasjonen i kapitalmarkedet?⁹⁵

Dersom en produsent eller en leverandør yter en distributør et lån, vil han ønske å sikre seg at distributørens innkjøp knyttes til hans eget foretak. En konkurranseklausul som forhindrer distributøren fra å føre konkurrerende produkter kan gi tilstrekkelig sikkerhet for leverandørens ytelse. Konkurranseklausuler har vært benyttet og akseptert i forholdet mellom flere bryggerier og puber, hvor bryggeriet leaser utsalgsstedet til den aktøren som driver det – mot at sistnevnte ikke selger konkurrerende merker.⁹⁶ Også mengdeforpliktelser, hvor distributøren forpliktes til å kjøpe størstedelen av produktene fra leverandøren, kan gi leverandøren tilstrekkelig incentiv til å yte lånet slik at distributøren får etablere seg, utvide virksomheten eller gjøre andre nødvendige investeringer.

Også eksklusive kjøpsavtaler kan være berettiget. Disse forplikter distributøren til enten å kjøpe visse produkter eller merker utelukkende fra leverandøren, eller til kun å føre ett merke for et bestemt generisk produkt. Slik vil leverandøren sikre seg mot at distributøren benytter leverandørens konkurrenter for levering.

⁹⁵ Vertikale retningslinjer avsnitt 107 h)

⁹⁶ Se for eksempel sakene T-131/99 og C-204/02.

Situasjoner hvor *distributøren* er den som yter lån til leverandøren er uvanlige. I slike tilfeller kan distributøren ønske å pålegge leverandøren en eksklusiv leveringsforpliktelse som sikrer ham faste og trygge leveranser uten konkurranse fra andre distributører. Også mindre inngripende avtaler kan være tilstrekkelige, for eksempel en avtale hvor distributøren pålegger leverandøren en mengdeforpliktelse for levering.⁹⁷

Franchiseavtaler kan også avhjelpe finansieringsproblemer. Selv om franchisetaker betaler en avgift til eieren av nettverket, får han rett til å benytte en etablert merkevare, logo eller et image som gir ham en fordelaktig posisjon som nyetablert aktør på markedet. Også kunnskapsoverføringen som distributøren får tilgang til, gjør ham bedre stilt i konkurransen. Som aktør i et distribusjonsnett trenger ikke distributøren selv gjøre de omfattende investeringene i markedsføring og kunnskapsutvikling, og distributøren kan dermed unngå problemet med ufullkomment kapitalmarked ved hjelp av franchiseavtalen.

3.1.5 Ensartethet, standardisering av kvalitet og kundetilfredshet

Produkter som er ensartede og som har standardisert kvalitet har ofte sterk merkevareidentitet. Dette øker deres omdømme blant forbrukerne, og kan medføre en økning i produktetterspørselen. En klar produktidentitet kan også øke intermerkekonkurransen på markedet ved at kjente merkevarer identifiseres og måles mot hverandre av den aktuelle kundegruppen. Økt intermerkekonkurranse styrker konkurransesituasjonen på markedet.

Forbrukernes tilfredshet med de produkter de kjøper utgjør også en effektivitetsgevinst. Hvilke verdier kundene verdsetter avhenger blant annet av produkttype, situasjon, behov og kundegruppe. Her er produktkvalitet relevant, men også den service som ytes forbrukerne før eller etter kjøpet. Selgers kompetanse og veiledning kan ha stor betydning for produkter som krever tilpasning eller for produkter som er av relativ høy verdi. Noen kundegruppers tilfredshet øker når produktene distribueres gjennom forretninger som fremhever luksus i

⁹⁷ Se oppgavens avsnitt 5.3.2.

lokalene, blant personalet eller ved at distributøren kun fører utvalgte høyt ansette produkter. Valgmulighet og tilgjengelighet på markedet kan også være faktorer som øker forbrukernes behovstilfredsstillelse. Denne typen effektivitetsgevinst kan altså veie tungt ved bedømmelsen av hvorvidt avtalen «bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene».

3.1.5.1 Hvilke avtaler kan øke produktenes ensartethet, kvalitetsstandardisering og kundetilfredsheten?

Avtaler om merkeeksklusivitet fører til at leverandøren eller produsenten av en merkevare begrenser distributørens merkeutvalg, noe som også kan medføre at merkevarens tilgjengelighet begrenses slik at også etterspørselen *kan* synke. Enedistribusjonsavtaler, hvor kun én distributør får videreselge i et bestemt område, kan medføre den samme virkningen som avtaler om merkeeksklusivitet. Ved slike avtaler vil distributøren ha incentiv til å investere i merkevaren og markedsføringen av denne, og konsentrere sin innsats omkring disse varene.^{98 99} Dette vil styrke produktidentiteten og merkevarens image, og kan medføre økt etterspørsel i tillegg til at distribusjonsformen kan øke forbrukernes behovstilfredsstillelse.

Franchiseavtalers kjennetegn er ensartede produkter eller ensartet distribusjon. Produktene som selges av franchisetaker baseres på nettverkets salgsmetoder, og er ofte svært like i markedsføring, distribusjon og kvalitet. Forbrukere som allerede er kjent med varemerket eller logoen til franchisenettet vil ha tillitt til at franchisetakers utsalg holder samme kvalitet som nettverkets øvrige distributører. For denne kundegruppen vil utvidelser av nettverket medføre fordeler som økt tilgjengelighet av nettverkets produkter, og dermed en forbedret distribusjon. Kjedenes ensartede utforming og kvalitet medfører også at konkurransen på nedstrømsmarkedet kan styrkes med hensyn til service, kvalitet og pris.¹⁰⁰

⁹⁸ Vertikale retningslinjer avsnitt 164.

⁹⁹ Det må imidlertid undersøkes om forbrukernes etterspørsel påvirkes av de salgsfremmende tiltakene.

¹⁰⁰ Sak IV 31.428-31.432 *Yves Rocher*.

I avtaler om kategoristyring får leverandøren eller produsenten ansvar for markedsføringen av en produktgruppe. Slike avtaler kan være aktuelle på markedet for detaljhandel. Gjennom disse avtalene vil leverandøren eller distributøren kunne tilpasse produktutvalget og -tilgjengeligheten til etterspørselsmønsteret på det relevante markedet.¹⁰¹ En markedsføring og distribusjon tilpasset etterspørselsmønsteret vil være i forbrukernes interesse, samt at informasjon om og konkurranse mellom merkevarer gjør det enklere for forbrukerne å ta bevisste valg. På grunn av kategori-markedsføringen kan også intermerkekonkurransen også styrkes.

Avtaler om selektiv distribusjon kan også bidra til å skape et merkevareimage.¹⁰² Særlig gjelder dette for produkter som er nye på markedet og for produkter som er avanserte, samt for erfaringsprodukter og tillitsprodukter. I et selektivt distribusjonssystem stilles det ofte krav til lokalenes utforming, de ansattes kompetanse og serviceytelser, noe som kan bidra til at merkevarenes anseelse øker. Særlig for erfarings- og tillitsprodukter kan de autoriserte forhandlernes kundeveiledning styrke merkevarens identitet. Selektive distribusjonsavtaler kan også forbedre distribusjonen på andre måter. Forbrukernes verdsettelse av luksusprodukter ble vektlagt i Kommisjonsavgjørelsen *Parfums Givenchy*,¹⁰³ og det ble uttalt at

«[L]uxury cosmetic products differ from similar products that meet other consumer requirements, inter alia, through the image of exclusivity and prestige which, in the consumer's mind, is associated with the brand under which they are sold. The manufacturer's capacity to create and maintain an original and prestigious brand image is thus a key factor in competition. It follows that a luxury cosmetics brand must be distributed on an exclusive basis. Experience shows that generalized

¹⁰¹ Vertikale retningslinjer avsnitt 213.

¹⁰² Ibid, avsnitt 185.

¹⁰³ IV/33.242.

distribution of a luxury cosmetic product can affect the consumer's perception of it and in the long term reduce demand for it».¹⁰⁴

Kommisjonen fant at begrenset distribusjon kunne fremme forbrukerinteressene, og at konkurranserestriksjonene hadde «the effect of ensuring that Givenchy products are distributed only under conditions that can preserve the high quality image and exclusivity associated with the fact that they are luxury cosmetic products».¹⁰⁵ Begrenset distribusjon kan altså synes berettiget for å forbedre distribusjonen ved å øke forbrukernes behovstilfredsstillelse.

3.1.6 Produkt- og prosessforbedring

Gjennom avtaler om kunnskapsoverføring vil markedet utnyttes mer effektivt idet de foretak som for eksempel ikke selv besitter erfaring eller markedsanalyser får benytte andre foretaks kunnskap. Kunnskapsoverføringer kan for eksempel gi rett til å utnytte datasystemer, databaser, produksjons- og fremstillingsmetoder som er beskyttet av immaterielle rettigheter. De beskyttede rettighetene kan inneholde svært verdifull informasjon for aktører som ønsker å etablere seg på markedet. Særlig erfaringsbasert kunnskap, slik som knowhow, kan være viktig. Også markedsanalyser, etterspørselsstatistikk og forbrukermønstre samt informasjon om produsenter og leverandører kan være avgjørende for nye aktører på markedet.

Kunnskapsoverføring er ressursbesparende for samfunnet. Avtaler om kunnskapsoverføring medfører at foretakene unngår å måtte bruke tid og ressurser på selv å utvikle og nedtegne denne kunnskapen. Samtidig kan den kunnskap de eventuelt hadde kommet frem til på egenhånd allerede være beskyttet av opphavsrett eller patenter, slik at kunnskapen ikke kan utnyttes fritt. Lisensiering som gir mulighet til å utnytte eksisterende, beskyttet kunnskap kan således sees som et gode i seg selv. Avtaler om

¹⁰⁴ Premiss 21.

¹⁰⁵ Premiss 22.

kunnskapsoverføring utgjør dermed en kostnadsbesparelse samtidig som det gir en rettslig adgang til å utnytte kunnskap som man ellers kan være forhindret fra å benytte.

Overført kunnskap fra en leverandør til en distributør kan også medføre mer effektiv produksjon og distribusjon, idet den informasjon som distributøren får adgang til ofte inneholder standardiserte prosesser og rutiner for hvordan foretaket kan utnytte sine ressurser mest effektivt. Kunnskapsoverføringsavtaler åpner også for at flere aktører kan etablere seg på markedet med den følge at distribusjonen og tilgjengeligheten av produktene øker til fordel for forbrukerne. Avtaler om kunnskapsoverføring gir også grobunn for at foretak på nedstrømsmarkedet gir tilbakemeldinger til leverandør eller produsent om hvilke forbedringer som kan foretas i fremstillingsmetodene eller i produksjonen.

3.1.6.1 Hvilke avtaler kan realisere kunnskapsoverføring?

Konkurransseklausuler kan benyttes i avtaleforhold hvor én part har overført immaterialrettslig beskyttet kunnskap til den andre parten. En konkurransseklausul vil forhindre mottakeren av kunnskapen fra å la andre aktører på markedet utnytte denne ressursen.¹⁰⁶ Dersom overføringen ikke er så omfattende, kan den som overfører kunnskapen velge å pålegge det andre foretaket en mengdeforpliktelse som et alternativ, eventuelt i kombinasjon med en konkurransseklausul. Slik kan eieren av den beskyttede kunnskapen begrense avtaleforholdene hvor kunnskapen benyttes. Også eksklusive avtaler kan være nyttige i dette henseende. Dersom det er aktøren på oppstrømsmarkedet som overfører kunnskapen, kan han ønske å forplikte kjøperen til en eksklusiv kjøpsavtale, mens eksklusive leveringsforpliktelser kan pålegges leverandøren i den motsatte situasjon.

Spredning eller utvikling av ny produksjonsteknologi, slik som introduksjonen av samlebandets driftseffektivisering, kan utgjøre en stor forbedring av produksjon og distribusjon. Et foretak i et høyere ledd i produksjonsskjeden kan gi en distributør rett til å

¹⁰⁶ Vertikale retningslinjer avsnitt 197 e) og 148.

utnytte beskyttede fremgangsmåter, slik at produksjonen eller distribusjonen kan gjennomføres raskere og med lavere utgifter. Dette vil rasjonalisere distributørens aktivitet. Kostnadsbesparelsene kan igjen redusere utsalgsprisen. Slike gevinster kan typisk realiseres gjennom franchiseavtaler, hvor franchisetaker mot en avgift får tillatelse til å bruke et etablert varemerke, logo eller navn, og samtidig tilgang til beskyttet kunnskap.¹⁰⁷ I franchiseavtaler overføres det normalt kunnskap til franchisetaker, og dette vil kunne gjøre produktene tilgjengelige på et tidligere tidspunkt¹⁰⁸ enn dersom foretakene på nedstrømsmarkedet hadde måttet utvikle og beskytte egne produksjonsprosesser og teknologi. Raskere produkttilgang øker forbrukernes behovstilfredsstillelse. En senere og dårligere tilgjengelighet på markedet ville også være tilfellet dersom franchiseeier måtte investere i opprettelsen av egne datterselskaper i stedet for å inngå franchiseavtaler.¹⁰⁹

Kunnskapsspredning vil kunne føre til bedre distribusjon ved at flere kunder på ulike geografiske markeder får tilgang til varen. Franchisetaker vil også kunne være villig til å investere store ressurser i varemerket på grunn av den «sikre» posisjonen han har fått tilgang til gjennom kunnskapsoverføringen. Dette vil igjen kunne lede til dynamisk konkurranse ved at ytterligere kunnskap tilbakeføres til franchiseeier med sikte på videreutvikling av produktet og prosessene. I franchisetilfeller hvor det ikke er mellomledd i form av grossister, vil kontakten mellom franchisetaker og -eier være tettere og dermed kunne lede til en raskere endret salgs- eller produksjonsplan dersom det skulle oppstå endringer i etterspørselsmønsteret. Slike dynamiske prosesser vil føre til bedre behovstilfredsstillelse for forbrukerne.

¹⁰⁷ Se for eksempel Vertikale retningslinjer avsnitt 148.

¹⁰⁸ Se sakene IV/35337 *Atlas* og IV/35.617 *Phoenix/Global One*.

¹⁰⁹ Se Kommisjonenes argumentasjonen i sak IV/31.428-31.432 *Yves Rocher* og sak IV/31.697 *Charles Jourdan*.

Imidlertid vil franchiseavtaler i mange tilfeller falle utenfor forbudsbestemmelsens anvendelsesområde idet de anses for ikke å begrense konkurransen. Dette gjelder også avtaler med områdebeskyttelse.¹¹⁰

Avtaler om selektiv distribusjon inneholder typisk klausuler som stiller kvalitative krav til distributørens ansatte, distributørens utstyr og verktøy, service før salg og reparasjonsservice. I de avtaler hvor det stilles krav til at alle forhandlerne i distribusjonsnettets må være autoriserte og at de må besitte en viss kunnskap om produktet de forhandler, kan leverandøren overføre beskyttet kunnskap til forhandlerne for å sikre distributørens kompetanse og service. Salg av biler kan typisk organiseres gjennom selektiv distribusjon. Ved slike produkter fremstår *sikkerhet* som en faktor som forbrukerne vektlegger. Dersom distribusjonen er begrenset til kun autoriserte distributører, som for eksempel er forpliktet til å yte etter- eller reparasjonsservice, vil disse gjennom sin kompetanse kunne sikre at produktene er tilstrekkelig sikre eller tilfredsstillende den omtale de er gitt. Dette styrker også forbrukernes behovstilfredsstillelse. Leverandøren vil normalt søke å forhindre at kunnskapen han har overført til distributørene benyttes av andre forhandlere, noe han kan oppnå gjennom forbud mot videresalg til ikke-autoriserte forhandlere utenfor distribusjonsnettets. Gjennom disse avtalerestriksjonene sikrer leverandøren at hans beskyttede kunnskap kun blir benyttet for de produkter han fører og innenfor hans eget distribusjonsnett.

De positive virkningene for dynamisk konkurranse som følge av tilbakemeldinger til leverandøren vil også gjøre seg gjeldene for avtaler om selektiv distribusjon med kunnskapsoverføring som for franchiseavtalene.¹¹¹

¹¹⁰ Se for eksempel sak 164/84 *Pronuptia de Paris* og Goyder (2011) s. 179 flg.

¹¹¹ Dynamisk konkurranse kan dessuten føre til effektivitetsgevinster i form av økt behovstilfredsstillelse, se avsnitt 3.1.5.

3.2 Årsakssammenheng og sannsynliggjøring

I *GlaxoSmithKline*¹¹² uttales det at årsakssammenhengen mellom avtalen og effektivitetsgevinstene ikke kan være for vag, men det stilles heller ikke krav om direkte årsakssammenheng.¹¹³ Ifølge retningslinjene må årsakssammenhengen som utgangspunkt være direkte,¹¹⁴ men indirekte og fjerne gevinster må i alle fall bevises tilstrekkelig.¹¹⁵ Dersom den aktuelle avtalen er en distribusjonsavtale, må effektivitetsgevinstene skyldes distribusjonen slik den reguleres av avtalen mellom foretakene. Dersom avtalen medfører kostnadsreduksjoner for de samarbeidende foretakene, vil dette kunne frigjøre midler for eksempel til FoU eller spesialisering, men dette er ofte usikre virkninger og de eventuelle effektivitetsgevinstene vil typisk bli ansett for å ha indirekte årsakssammenheng med avtalen.¹¹⁶

Når kravet til årsakssammenheng er strengt, innebærer dette at mange avtaler ikke vil oppfylle unntaksbestemmelsens vilkår, idet de påståtte gevinster ikke realiseres *på grunn av avtalen*.¹¹⁷

Siden unntaksbestemmelsen krever at effektivitetsgevinstene skal veie opp for avtalens negative virkninger på konkurransen, er det nødvendig å kvantifisere fordelene. Da må både selve gevinsterne og sannsynligheten for disses realisering tas i betraktning. Også usikkerhet må kalkuleres, samt hvilken metode foretakene vil benytte seg av for å oppnå effektivitetsgevinstene.

Hva angår sannsynligheten og bevisvurderingen for at effektivitetsgevinstene vil realiseres gjennom avtalen vil jeg av plasshensyn ikke behandle dette inngående.¹¹⁸ Utgangspunktet

¹¹² Forente saker C-501/06 P flg. for Domstolen og T-168/01 for førsteinstansen.

¹¹³ Rousseva (2011) s.11.

¹¹⁴ Retningslinjer avsnitt 54.

¹¹⁵ Forente saker C-501/06 P flg. og sak T-168/01 premiss 280.

¹¹⁶ Se note 114.

¹¹⁷ Se også kapittel 5 om nødvendighetskriteriet.

¹¹⁸ Se for eksempel Kolstad (2005) avsnitt 3.6.5.

er imidlertid å legge til grunn nåverdien av fordelene. Hvis fordelene først vil kunne innvinnes etter lang tid, vil dette også kunne utgjøre en gevinst, men verdien av fremtidige gevinster er lavere enn umiddelbare gevinster. Verdien av fremtidige effektivitetsgevinster må diskonteres.¹¹⁹ Dersom det er usikkerhet om hvorvidt fordelene vil bli realisert, må også denne usikkerheten tas i betraktning. Dette kan særlig være tilfellet for effektivitetsgevinster av dynamiske forbedringer.

¹¹⁹ Se Hildebrand (2009) s. 307.

4 Forbrukernes andel av effektivitetsgevinstene

4.1 Rettslige utgangspunkter

Som skrevet over, kreves det at avtalen er samfunnsøkonomisk effektiv. Dette er en forutsetning for oppfyllelse av vilkåret om å sikre forbrukerne «en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd». Foretakene kan selv motta fordeler som følge av avtalen, men dette vilkåret tillater ikke at forbrukerne kommer dårligere ut med enn uten avtalen. Vilkåret er tolket slik at det sikrer en viss fordeling av det samfunnsøkonomiske overskuddet.

«Forbrukerne» omfatter både kunder og kunders kunder, inkludert sluttbrukere. Det er i rettspraksis slått fast at det er forbrukerne som *gruppe* som skal kompenseres, ikke den enkelte forbruker.¹²⁰ Disse er de som kjøper varer på det relevante marked, eller tilgrensende markeder, som også berøres av den konkurranserestriktive avtalen.¹²¹ Fordelene må som utgangspunkt realiseres på det samme relevante marked som rammes av avtalens negative virkninger.¹²² Avtalens positive virkninger for kunder i ett marked kan normalt ikke oppveie de negative virkningene for forbrukere i et annet marked.¹²³ Dersom forbrukerne som kompenseres tilhører et tilgrensende marked med forbindelse til markedet hvor konkurransebegrensningene realiseres, og forbrukergruppen i hovedsak er den samme, kan det tas hensyn til avtalens effektivitetsgevinster. Dette kan utledes av *Compagnie Générale Maritime*¹²⁴ hvor retten uttalte at

¹²⁰ Sak T-131/99 *Shaw* premiss 163 og sak C-238/05 *Asnef-Equifax* premiss 70.

¹²¹ Kolstad (2005) s. 54.

¹²² Sak T-131/99 *Shaw*, hvor førsteinstansen fastslo at vurderingen tilknyttet vilkårene i unntaksbestemmelsen må foretas innenfor den samme ramme som vurderingen av konkurransebegrensningene etter første ledd.

¹²³ Se for eksempel sak C-360/92 P *Publishers Association* i premissene 24-27 og 28-29.

¹²⁴ Sak T-86/95.

«regard should naturally be had to the advantages arising from the agreement in question, not only for the relevant market, ... but also, in appropriate cases, for every other market on which the agreement in question might have beneficial effects, and even, in a more general sense, for any service the quality or efficiency of which might be improved by the existence of that agreement. ... Article [101](3) of the Treaty envisage[s] exemption in favour of, amongst others, agreements which contribute to promoting technical or economic progress, without requiring a specific link with the relevant market».¹²⁵

I denne saken var forbrukergruppen rederier, og disse var forbrukere på begge markedene. Dette synet ble bekreftet i *GlaxoSmithKline*,¹²⁶ hvor retten uttalte at «[the] advantages may rise not only on the relevant market, but also on other markets»,¹²⁷ og at forbrukergruppen som ble påført ulempene på grunn av avtalen var den samme forbrukergruppen som fikk del av avtalens effektivitetsgevinster. Man kan tenke seg flere tilfeller hvor den samme forbrukergruppen er etterspørrere av varer på forskjellige produktmarkeder, for eksempel markedet for melk og markedet for øvrige meieriprodukter.

Siden avtalen må være samfunnsøkonomisk effektiv, er det ikke nødvendig at forbrukerne får *mer* enn kompensasjon for det tap de lider på grunn av avtalen.¹²⁸ I økonomisk teori kan man uttrykke det slik at dersom samarbeidet påfører samfunnet et dødvektstap, må avtalens effektivitetsgevinster i alle fall være tilstrekkelig store til å kompensere for dødvektstapet. Dette vil medføre samfunnsøkonomisk nøytralitet. Dersom avtalens negative virkninger har påført forbrukerne en reduksjon i konsumentoverskuddet, altså den delen av dødvektstapet som faller på forbrukerne, må dette kompenseres. Dette vil føre til

¹²⁵ Premiss 343.

¹²⁶ Sak T-168/01.

¹²⁷ Premiss 247-248.

¹²⁸ Unntaksbestemmelsen krever at gevinsten oppveier for det tap forbrukerne påføres, altså er det avtalens nettovirkninger som er avgjørende, ikke de eventuelt ytterligere gevinster forbrukerne gis, se forente saker 56 og 58/64 *Consten and Grundig*.

et nøytralt utfall for forbrukerne. «Ytterligere» effektivitetsgevinster behøver *ikke* tilfalle forbrukerne. Dette kan utledes av *Shaw*,¹²⁹ hvor førsteinstansen uttalte at

«it is not material that the benefits produced by the notified agreements do not entirely compensate the price differential suffered by a particular tied lessee if the average lessee does enjoy that compensation and it is therefore such as to produce an effect on the market generally».

I Retningslinjene for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53(3) fremkommer det også at «nettovirkningene av avtalen i det minste [må] være nøytrale for forbrukerne».¹³⁰

For at kravet om «rimelig andel» skal være oppfylt, må ulempene, som analyseres under første ledd, bli kompensert av fordelene slik at forbrukerne ikke kommer dårligere ut på grunn av avtalens konkurranserestriksjoner. Dersom avtalen for eksempel medfører høyere sluttpris for det aktuelle produktet, men samtidig raskere og bedre tilgang eller bedre kvalitet, vil dette kunne være tilstrekkelig kompensasjon for forbrukerne. Dersom avtalen ikke medfører reduserte sluttpriser, er det de kvalitative forbedringene som må vurderes. En kvantifisering av kvalitative effektivitetsgevinster, og avveiningen av disse opp mot avtalens konkurransebegrensninger, må bero på skjønn. Verdien av kvalitative effektivitetsgevinster kan ikke fastsettes nøyaktig.

De fordelene som forbrukerne skal sikres en rimelig andel av er effektivitetsgevinstene som knytter seg til produksjonen eller distribusjonen av varene, eller den tekniske eller økonomiske utvikling.¹³¹ Hvorvidt det andre vilkåret i unntaksbestemmelsens er oppfylt, beror på en konkret helhetsvurdering. Relevante momenter i denne sammenheng vil bli presentert i det følgende.

¹²⁹ Sak T-131/99 *Shaw* premiss 163.

¹³⁰ Avsnitt 85.

¹³¹ Se om effektivitetsgevinstene i oppgavens avsnitt 3.1.

4.2 Momenter i vurderingen

Retningslinjene¹³² redegjør i avsnitt 83 til 101 for relevante momenter i vurderingen av vilkåret om forbrukerkompensasjon. Hvorvidt fordelene vil realiseres og komme forbrukerne til gode avhenger av flere momenter. Forbedringenes art og størrelsesorden må vurderes, idet store forbedringer lettere vil kunne komme forbrukerne til gode.

Effektivitetsgevinstenes størrelse vil være avgjørende for hvorvidt de veier opp for avtalens konkurransebegrensninger, og for kompensasjonen til forbrukerne. Gevinstenes størrelse må være minst like stor som det tap som påføres. Vilket innebærer dermed en glidende skala, idet kompensasjonen må «vokse» proporsjonalt med avtalens konkurransebegrensninger. Konkurransebegrensningenes størrelse må derfor klargjøres og måles mot avtalens effektivitetsgevinster.

Fordelene må være av en slik *art* at de kan komme forbrukerne til gode. Dersom arten av forbedringene utgjør en faktor som forbrukerne ikke verdsetter, kan dette tale for at forbrukerne ikke vil få kompensasjon. En avtale mellom en råvareleverandør og en produsent, hvor produsenten får eksklusive leveranser mot at sistnevnte kun kjøper såkalte *fair trade*-produkter, kan gi stordriftsfordeler uten at dette nødvendigvis vil resultere i lavere sluttpriser. At produktene kan karakteriseres som *fair trade* er ikke nødvendigvis en kvalitet som kommer forbrukerne til gode. Andre gevinster, som produktstandardisering og effektivisering av distribusjonen *kan* sikres forbrukerne ved at produktenes kvalitet forbedres.

Noen typer effektivitetsgevinster vil på en sikrere måte komme forbrukerne til gode enn andre. Dersom gevinsten er en kvalitativ forbedring av sluttprodukter, er dette noe som direkte overføres forbrukerne ved kjøp av produktene. Kostnadsbesparelser krever på den andre siden at forbrukerne får glede av lavere priser. Lavere sluttpriser er noe som normalt verdsettes av forbrukerne, og er dermed egnet til å kompensere forbrukerne for avtalens konkurransebegrensende virkninger. En avtale som realiserer omfattende stordriftsfordeler

¹³² Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3.

vil gi foretakene økonomisk kapasitet til å senke utsalgsprisene. Hvorvidt utsalgsprisene faktisk senkes, vil imidlertid avhenge blant annet av konkurransepresset som utøves av tredjeparter på markedet.¹³³ Hvis kostnadsbesparelsene gjøres i foretakenes variable kostnader, styrkes sannsynligheten for at utsalgsprisen reduseres.¹³⁴

Videre vil elastisiteten i etterspørselen være av betydning for andelen av fordelene som sikres forbrukerne. Dersom forbrukerne reagerer med å kjøpe mer på grunn av en prisreduksjon, er etterspørselen elastisk. Forutsatt at stordriftsfordeler utgjør effektivitetsgevinsten, vil det være slik at jo større etterspørselen er på grunn av de senkede sluttprisene, desto større andel av kostnadsbesparelsene vil bli sikret forbrukerne. Dersom forbrukernes etterspørsel ikke vil øke, vil de heller ikke få en rimelig andel av fordelene.

Markedsstrukturen, antall aktører i opp- og nedstrømsmarkedet, og deres markedsmakt må vurderes. Markedsstrukturen kan vise hvorvidt markedet ligger til rette for at tredjeparter kan utøve konkurransepress på avtalepartene slik at effektivitetsgevinstene overveltes til forbrukerne. For å sikre forbrukerne kompensasjon må det være en viss grad av restkonkurranse på det relevante marked. Jo mer restkonkurranse som forblir, desto større blir sannsynligheten for at fordelene vil komme forbrukerne til gode, idet konkurrentene på markedet vil kunne utøve press på pris og service. Ved restkonkurranse vil avtalepartene kunne forhindres fra å «beholde» effektivitetsgevinstene; de vil bli presset av tredjeparter til for eksempel å senke sluttprisene.

Også markedets eventuelle særegenheter kan være av betydning; for eksempel kan det være slik at vilkåret ikke vil være oppfylt i et marked som er åpent for stilltiende samarbeid.¹³⁵ Partene kan mangle incentiver til å kompensere forbrukerne, og overveltningen av fordelene kan i alle fall ta lengre tid.

¹³³ Se under og kapittel 6.

¹³⁴ Faull (2007) avsnitt 3.449-3.451 og oppgavens avsnitt 4.3 og 3.1.1.

¹³⁵ For eksempel et oligopol.

4.3 Forbrukernes andel av ulike effektivitetsgevinster

Som redegjort for over, vil avtaler som resulterer i stordriftsfordeler kunne sikres forbrukerne gjennom reduserte sluttpriser. Avtalens konkurransebegrensende virkninger kan bli kompensert når forbrukerne kjøper et større kvantum til lavere pris.¹³⁶ Hvorvidt vilkåret er oppfylt beror på en konkret vurdering hvor momentene som er presentert i avsnitt 4.2 vil være avgjørende. Graden av restkonkurranse i markedet vil ha stor betydning, idet de øvrige konkurrentenes prisfastsettelse vil presse avtalepartene til å redusere egne priser.

Dersom man anser forhindret dobbel marginalisering som en effektivitetsgevinst under tredje ledd, må forbrukerne sikres andeler av dette. Avtaler som forhindrer doble marginer bøter på problemer med vertikale eksterne faktorer, og *resultatet* er normalt en mer lineær prisfastsettelse. Virkningene for forbrukerne kan være lavere sluttpriser, særlig i tilfeller hvor leverandøren pålegger distributøren maksimalpriser. Imidlertid kan det innvendes at forbrukerne ikke sikres en andel av fordelene det er å *hindre dobbel marginalisering*. Gevinsten som eventuelt overføres til forbrukerne kan sies å være en indirekte følge av avtalen, nemlig lavere priser.

Andre positive virkninger av avtaler som bøter på problemet med vertikale eksterne faktorer er at distributørens salgssinnsats øker, med den følge at forbrukerne sikres kvalitativt bedre service. I tillegg til forbedret distribusjon, kan avtalene også intensivere intermerke-konkurransen på lengre sikt med den følge at prisene reduseres. Denne fordelene kan imidlertid anses som for fjern og usikker til at vilkåret kan være oppfylt.

Avtaler som øker investeringsviljen ved å forhindre gratispassasjer- og hold-up-problemet kan også komme forbrukerne til gode, i alle fall på lengre sikt. Når avtalepartene foretar nødvendige investeringer, vil produksjons- eller distribusjonsprosessen bli kvalitativt bedre. Investeringer i transportsystemer eller lagerlokaler kan for eksempel gi seg utslag i produktkvaliteten. På denne måten vil forbrukerne kunne bli kompensert de

¹³⁶ Se over om elastisiteten i etterspørselen.

konkurransbegrensende virkningene, såfremt de verdsetter bedre kvalitet. Investeringer som fører til flere aktører eller produkter på markedet vil kunne bedre distribusjonen ved at produktutvalget og tilgjengeligheten øker. Dersom dette er noe forbrukerne verdsetter, kan de sikres en rimelig andel av investeringene. Denne kompensasjonen er imidlertid mer usikker enn for eksempel lavere priser og bedret produktkvalitet.

Avtaler som bøter på markedssvikt i form av et ufullkomment kapitalmarked åpner muligheten for potensiell og aktuell konkurranse. Dersom man anser at effektivitetsgevinsten er å avhjelpe markedssvikt, er ikke dette noe som *umiddelbart* kommer forbrukerne til gode. Imidlertid tilrettelegger avtalene for markedsetablering, hvilket fører til økt konkurransepress. Nye aktørers inntreden på nedstrømsmarkedet medfører *flere* aktører, og kan øke produktenes tilgjengelighet og dermed også forbrukernes behovstilfredsstillelse. Om disse fordelene er for fjerne og usikre må vurderes konkret.

Kvalitetsstandardisering og ensartethet kan overveltes til forbrukerne. Kvalitative produktforbedringer, slik som produkter med lengre levetid, produkter som tåler mer eller krever mindre vedlikehold, verdsettes normalt av forbrukerne. Imidlertid må forbedringene utgjøre en reell verdi for forbrukerne, og det kreves derfor en konkret og skjønnsmessig avveining siden kvalitative forbedringer ikke kan fastsettes nøyaktig.

Kategoristyringsavtaler kan øke forbrukernes behovstilfredsstillelse fordi produktmarkedsføringen bygger på etterspørselsmønsteret. Også avtaler om distribusjonsvederlag kan øke behovstilfredsstillelsen idet produktenes hylleplassering baseres på etterspørselen. Dersom markedsføringen og produktenes tilgjengelighet utgjør en reell verdi for forbrukerne, kan de sikres en rimelig andel av gevinstene.

Kommisjonens vurderinger av forbrukerinteresser ble akseptert av førstestansen i *Groupement d'achat Edouard Leclerc*.¹³⁷ Kommisjonen uttalte i sin avgjørelse¹³⁸ at

¹³⁷ Sak T-88/92, behandlet parallelt med *Galec*.

«the distribution system ... allows the exclusive character of the contract products to be safeguarded, such exclusive character being the main reason why consumers choose them. ... If consumers regard as secondary the brand image or the services associated with sale within the selective distribution system, they can choose similar articles falling within an adjacent market and distributed without the use of selective distribution systems, thus penalizing the commercial strategy pursued by the producer».¹³⁹

Selektiv distribusjon kan altså sikre forbrukernes behovstilfredsstillelse. I *Ivoclar*¹⁴⁰ ble også forbrukerinteressene sikret gjennom restriksjonene i en selektiv distribusjonsavtale. Avtalens krav til distributørenes kvalifikasjoner, lagerhold og utvalg ble ansett for å sikre forbrukerne riktig bruk og tilpasning av produktene.

Forbrukerne kan også sikres en rimelig andel av kvalitativt bedre produkter og tjenester. Slike effektivitetsgevinster oppnås ofte gjennom avtaler om kunnskapsoverføring. For eksempel kan kunnskapsoverføringen i franchiseavtaler åpne opp for økt produkttilgjengelighet og tilgang til omfattende serier produkter.¹⁴¹ Den overførte kunnskapen kan sikre forbrukerne kvalitativt bedre produkter og service, og dermed være egnet til å oppfylle det andre vilkåret i § 10 tredje ledd.

¹³⁸ IV/33.242 *Parfums Givenchy*.

¹³⁹ Avsnitt II.B.3.

¹⁴⁰ IV/30.846, se oppgavens avsnitt 5.3.1.

¹⁴¹ Se for eksempel IV/31.697 *Charles Jourdan* og IV/31.428-31.432 *Yves Rocher*.

5 Nødvendighetskriteriet

5.1 Proporsjonalitet

Nødvendighetsvilkåret stiller krav om at selve avtalen og avtalens klausuler er nødvendige for å oppnå effektivitetsforbedringene som omtalt i første vilkår.¹⁴² Vilkårets ordlyd er at avtalen ikke må «pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige» for å realisere gevinstene. Det avgjørende er hvorvidt avtalen og dens restriksjoner effektiviserer foretakenes aktiviteter i større grad enn hva som ville vært tilfellet uten avtalen. Man må vurdere hvorvidt partene kunne oppnådd samme resultat gjennom mindre begrensende former og om en avtale eller et samarbeid i det hele tatt er nødvendig for realiseringen av gevinstene. En avtale er ikke nødvendig dersom foretakene kunne oppnådd det samme for eksempel gjennom priskonkurranse og intern vekst.¹⁴³ ¹⁴⁴ For effektivitetsgevinster som realiseres gjennom stordriftsfordeler er dette særlig relevant.

Dersom en avtale anses nødvendig, blir neste spørsmål hvorvidt avtalens enkelte konkurranserestriksjoner er nødvendige, det vil si at de utgjør det minst inngripende middel for å oppnå effektivitetsgevinstene. Det stilles altså et krav om proporsjonalitet.¹⁴⁵ Den enkelte restriksjon må etter dette anses nødvendig dersom gevinstene *uten* avtalerestriksjonen ikke ville bli realisert eller bli betraktelig redusert, eller at fraværet av restriksjonen ville gjøre det «betydelig mindre sannsynlig»¹⁴⁶ at avtalens forbedringer ville bli realisert. Retningslinjene utdyper ikke hvilke krav som stilles til denne sannsynlighetsgraden.

¹⁴² Vurderingstemaet er altså et annet enn for *tilknyttede begrensninger* under forbudsbestemmelsen. For tilknyttede begrensninger er temaet om begrensningene er objektivt nødvendige for gjennomføringen av avtalen. Hovedtransaksjonen må ikke være konkurransebegrensende.

¹⁴³ Retningslinjer avsnitt 76.

¹⁴⁴ I denne vurderingen er markedets minste effektive skala relevant, det vil si den produksjonsstørrelse som kreves for å minimere gjennomsnittskostnadene.

¹⁴⁵ Sak T-17/93 *Matra* premiss 135.

¹⁴⁶ Retningslinjer avsnitt 79.

Det må vurderes hvorvidt det finnes «realistiske og realiserbare alternativer».¹⁴⁷ Siden avtalene inngås av foretak uten tilgang til full informasjon,¹⁴⁸ vil det dermed være rom for en viss feilmargin med hensyn til hvilke restriksjoner som avtales.¹⁴⁹ Partene må «påvise hvorfor tilsynelatende realistiske og betydelig mindre begrensende alternativer ... ville være betydelig mindre effektive».¹⁵⁰ «[F]oretakene trenger ikke vurdere hypotetiske og teoretiske alternativer».¹⁵¹ I dette ligger det et forbehold om at det relevante markedes vilkår og struktur må tas i betraktning. Også avtalepartenes forretningsmessige forhold er relevant.¹⁵² Først etter en vurdering av markedets forutsetninger, kan man klarlegge hvilke restriksjoner som fremstår som like gode eller bedre alternativer til de konkurransebegrensninger som er regulert gjennom avtalen. I dette inngår også en økonomisk vurdering av hvilke tiltak som er økonomisk mulige, og dermed ikke utgjør rent «hypotetiske og teoretiske alternativer».¹⁵³

I *Compagnie Générale Maritime*¹⁵⁴ uttrykte førsteinstansen at dersom konkurransebegrensningen er stor, stilles det større krav til dens nødvendighet. På den andre side fremholder Kommisjonen i sine Retningslinjer at jo større usikkerhet det er for

¹⁴⁷ Ibid avsnitt 75.

¹⁴⁸ I motsetning til i en situasjon med perfekt konkurranse.

¹⁴⁹ For at *tilknyttede begrensninger* skal falle utenfor forbudsbestemmelsen, kreves det *objektiv* nødvendighet. Det kan derfor diskuteres om nødvendighetskriteriet i unntaksbestemmelsen er noe mer subjektivt. Gyselen (2002) s. 189 uttaler at likheten i nødvendighetskriteriene «is striking». I vertikale retningslinjer avsnitt 60 flg. omtales begrensninger som enten kan falle utenfor forbudsbestemmelsen fordi de er objektivt nødvendige, eller som kan unntas i medhold av tredje ledd. I begge tilfeller må nødvendighetskriteriet være oppfylt. Det skilles ikke klart mellom nødvendighetsvurderingen i medhold av doktrinen om *tilknyttede begrensninger* og unntaksbestemmelsen.

¹⁵⁰ Se note 147.

¹⁵¹ Vertikale retningslinjer avsnitt 125.

¹⁵² Se note 147 og 149.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Sak T-86/95 premiss 392-395.

om fordelene vil realiseres, desto mer nødvendig kan konkurranserestriksjonene være.¹⁵⁵ Restriksjonene kan være nødvendige for at partene skal ledes til å tilpasse sine incentiver for å unngå «hold-up»-problemer og motvilje mot investeringer. Et eksempel er at en leverandør investerer i betydelige kundespesifikke tilpasninger og det anses nødvendig at kundens frie markedsatferd blir begrenset gjennom en avtale slik at kunden ikke kan utnytte leverandørens avhengighetsforhold til ham. En tilstrekkelig konkurranserestriksjon kan i dette tilfellet være at kunden pålegges en mengdeforpliktelse.¹⁵⁶

Kommisjonen opererer med en presumsjon om at det er usannsynlig at alvorlige konkurranserestriksjoner og svartelistede avtalebegrensninger oppfyller nødvendighetsvilkåret.¹⁵⁷

Jeg vil i det følgende presentere momenter som kan avgjøre hvorvidt avtalens konkurranserestriksjoner kan anses nødvendige for realiseringen av effektivitetsgevinstene. Dette vil blant annet bero på hvor lang *tid* samarbeidet må foregå for å oppnå gevinstene og de enkelte restriksjonenes *intensitet* som middel for å oppnå gevinstene.

5.2 Tidsaspektet

Det er nødvendig å undersøke *i hvor lang tid* de konkurransebegrensende restriksjonene i avtalen kan finnes å være nødvendige. Noen restriksjoner kan være nødvendige kun i et begrenset tidsrom, og for å undersøke hvor stort tidsrom dette er, må det tas hensyn til hvor lang tid det vil ta å realisere avtalens effektivitetsgevinster.¹⁵⁸ Et avgjørende moment kan være hvor lang tid det vil ta for at en investering vil være sikret en rimelig avkastning eller eventuelt den tid det tar å avskrive investeringskostnadene.¹⁵⁹ Dersom restriksjonene finnes

¹⁵⁵ Retningslinjer avsnitt 80.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid avsnitt 79

¹⁵⁸ Ibid avsnitt 81 og 44, og under om de forente saker T-374/94 flg. *European Night Services*.

¹⁵⁹ Ibid.

nødvendige for en avgrenset periode, vil unntaksbestemmelsen kun komme til anvendelse for denne avgrensede perioden.

Spørsmålet om hvor lang tid det vil ta å realisere effektivitetsgevinstene kan særlig være relevant for avtaler som tar sikte på å oppnå stordriftsfordeler, etablering av aktivitet på nye markeder, lanseringer av nye produkter, standardisering av kvalitet og økt kundetilfredshet. Tidsperioden som kreves for å oppnå avtalenes effektivitetsgevinster vil avhenge av markedsforholdene og avtalens øvrige kontekst. Kommisjonen uttaler for eksempel at restriksjoner som pålegges distributøren om maksimal videresalgspris vil kunne aksepteres for kortere perioder, eksempelvis en måneds tid gjennom lavpriskampanjer for å lansere nye produkter på markedet.¹⁶⁰ Avtaler om enedistribusjon i kombinasjon med konkurranseklausuler kan være tillatelig for hele avtaleperioden, særlig på grossistnivå, fordi det kan være nødvendig for å styrke merkevareimgaget, for eksempel slik at lanseringen av nye produkter vil lykkes.¹⁶¹

I *European Night Services*¹⁶² behandlet førsteinstansen i tilknytning til horisontale samarbeid visse momenter for vurderingen av lange tidsperioder for investeringer og nødvendigheten av konkurransestriksjonene for realiseringen av effektivitetsgevinstene. Retten uttalte at

«[s]ince ... such progress and benefits cannot be achieved without considerable investment, the length of time required to ensure a proper return on that investment is necessarily an essential factor to be taken into account when determining the duration of an exemption, particularly in a case such as the present, where it is undisputed that the services in question are completely new, involve major

¹⁶⁰ Vertikale retningslinjer avsnitt 225.

¹⁶¹ Ibid avsnitt 161.

¹⁶² Se note 158. Kommisjonen hadde ikke foretatt en korrekt og tilstrekkelig vurdering av avtalenes rettslige og økonomiske kontekst. Kommisjonen hadde ikke bevist at avtalene var i strid med forbudsbestemmelsen, og avgjørelsen ble opphevet.

investments and substantial financial risks and require the pooling of know-how by the participating undertakings».¹⁶³

Kommisjonen hadde latt *perioden hvor det sannsynligvis kunne antas at markedsvilkårene i hovedsak ville bestå* være avgjørende. Retten fant at dette ikke var tilstrekkelig. Etter sistnevntes syn måtte også «the length of time necessary to enable the parties to achieve a satisfactory return on their investment» tas i betraktning.¹⁶⁴

Konkurranserestriksjoner slik som eksklusivitet, enedistribusjon, mengdeforpliktelser og konkurranseklausuler kan være nødvendige for gjennomføringen av investeringer eller for å sikre forretningsforholdet og dermed avkastning i situasjoner hvor leverandøren har ytt distributøren et lån for å bøte på ufullkommenheter i kapitalmarkedet. I tilfeller hvor én part har foretatt relasjonsspesifikke og langsiktige investeringer, må det vurderes hvorvidt de konkurransebegrensninger han forplikter den andre avtaleparten til er nødvendige for *hele* investeringsperioden. I retningslinjene¹⁶⁵ uttales det at konkurranseklausuler eller mengdeforpliktelser kan være egnede og nødvendige restriksjoner for investerings *avskrivningsperiode*, også der denne periode er lengre enn 5 år. Omfattende investeringer kan dermed nødvendiggjøre eksklusivitetsavtaler som løper over lang tid. Dette kan særlig være tilfellet dersom partene på begge sider er motvillige til å foreta relasjonsspesifikke investeringer. I slike tilfeller kan det tredje vilkåret anses oppfylt for avtaler om eksklusiv industriell levering over lengre tidsperioder.¹⁶⁶ Normalt bør imidlertid ikke varigheten av avtaler om eksklusive leveringsforpliktelser være lengre enn 5 år for å oppfylle nødvendighetsvilkåret.¹⁶⁷

¹⁶³ Premiss 230.

¹⁶⁴ Premiss 231.

¹⁶⁵ Vertikale retningslinjer avsnitt 146.

¹⁶⁶ Ibid avsnitt 198.

¹⁶⁷ Ibid avsnitt 195.

5.3 Intensitet

Konkurranserestriksjonenes omfang og intensitet må, som forklart i avsnitt 5.1, også være nødvendig. Det må for eksempel undersøkes om det for å oppnå stordriftsfordeler er tilstrekkelig å pålegge distributøren mengdeforpliktelser i stedet for å inngå avtaler om enedistribusjon eller eksklusivitet. Eksklusive distribusjonsavtaler kan også anses som uforholdsmessig inngripende der for eksempel kvantumsrabatter kan være tilstrekkelig. Dersom effektivitetsgevinstene består av bedre planlegging av produksjon og distribusjon, redusert lagringstid og bedre oppfølging av forbrukernes etterspørsel, kan kvantumsrabatter som ikke innebærer eksklusivitet være tilstrekkelige til å oppnå fordelene. Produsenten kan også gi rabatter til distributører som inngir bestillingsordre i god tid.¹⁶⁸

Vurderingen av hvorvidt avtalenes og restriksjonenes intensitet er nødvendige kan ligne vurderingen av tilknyttede begrensningers objektive nødvendighet. Etter unntaksbestemmelsen krever nødvendighetskriteriet kort sagt at foretakene ikke ville realisert effektivitetsgevinstene uten avtalens konkurransebegrensninger. I vurderingen av om konkurransebegrensningene er tilknyttede, er nødvendighetskravet *objektivt*.

5.3.1 Konkurransbegrensningenes intensitet i selektive distribusjonsavtaler

I selektive distribusjonsavtaler kan det tenkes at forpliktelser med lavere intensitet, eksempelvis serviceytelser, kan være tilstrekkelig til å oppnå fordelene. Salg av elektronisk utstyr kan for eksempel gjøres gjennom alminnelige forretninger utenfor et distribusjonsnettverk, men med en vedlagt informasjonspakke, brukerkonto med informasjon på internett, eller ved at leverandør eller produsent oppretter en integrert informasjonsservice innenfor eget foretak. For selektive distribusjonsavtaler må man blant annet ta stilling til hvorvidt produktets art nødvendiggjør de selektive avtalerestriksjonene. Det kan for eksempel finnes nødvendig av hensyn til sikkerhet at salg av biler skjer

¹⁶⁸ Se Retningslinjer avsnitt 82.

innenfor kontrollerte rammer der produsent eller leverandør kan stille krav til distributørens kunnskap og service.¹⁶⁹

Kvantitative restriksjoner tilknyttet en avtale om selektiv distribusjon ble vurdert av Kommisjonen i *SABA*.¹⁷⁰ Avtalens effektivitetsgevinster besto blant annet av bedre produksjons- og salgsplanlegging inkludert sikrere leveranser, lavere leveransepriser fra leverandøren, bedre og mer intensiv utnyttelse av markedet, bedre distribusjon av relevante produkter og bedre service til kundene. Disse fordelene ble også ansett for å komme forbrukerne til gode. De kvantitative restriksjonene i avtalen, som blant annet besto av leveringsavtaler over en 6-månedersperiode, krav til minimumsomsetning og til lagring, ble funnet nødvendige for å oppnå fordelene som sprang ut av avtalen. Kommisjonens avgjørelse ble påanket til Domstolen, som ikke ga medhold.¹⁷¹

Dersom det aktuelle produktet er nytt på markedet eller er et såkalt tillitsprodukt, kan selektiv distribusjon være nødvendig for å sikre produktets introduksjon eller anseelse blant kundene på det relevante markedet. Kommisjonsavgjørelser kan her tjene som eksempler: I *Parfums Givenchy*,¹⁷² og *Omega Watches*¹⁷³ ble de rent kvalitative restriksjonene vurdert på lignende måte som *Metro*-doktrinen,¹⁷⁴ mens øvrige kvantitative krav til forhandlerne ble vurdert under unntaksbestemmelsen i tredje ledd. I *Parfums Givenchy* vurderte Kommisjonen en avtaleklausul som påla distributørene å selge andre leverandørers konkurrerende luksuriøse merkevarer. Fordelene av dette var blant annet at forhandlerne ble mer spesialiserte og at det større utvalget ville tiltrekke forbrukere. Restriksjonene ga også en bedre produktpresentasjon som innbød til merkesammenligning, og dermed en styrket intermerke-konkurranse. Avtaleforpliktelsen ble ansett nødvendig for å oppnå

¹⁶⁹ Se for eksempel kommisjonsavgjørelsen IV/14.650 *BMW AG*. Slike avtaler kan imidlertid falle utenfor forbudsbestemmelsens anvendelsesområde.

¹⁷⁰ Sak IV/847.

¹⁷¹ Sak 26/76 *Metro*. Se note 19 og avsnitt 2.2.

¹⁷² Sak IV/33.242.

¹⁷³ Sak IV/32.13, 10.498, 11.546 m.fl..

¹⁷⁴ Sak 26/76.

forbrukerlojalitet fra kvalitetsbevisste kunder som forventet å finne en spesialisert forhandler som kunne tilby et større utvalg produkter.¹⁷⁵ Avgjørelsen ble anket til førsteinstansen, men den ankende part fikk ikke medhold i sine anførsler angående hvorvidt vilkårene i unntaksbestemmelsen var oppfylt.¹⁷⁶

I *Ivoclar*¹⁷⁷ fant Kommisjonen at en avtale om selektiv distribusjon i kombinasjon med eksklusiv kundeallokering tilknyttet tannhelseprodukter, oppfylte vilkårene for unntak jf. tredje ledd. Avtalens begrensninger om hvem som kunne selge Ivoclar-produktene og til hvem distributørene kunne videreselge, førte med seg betraktelige forbedringer i distribusjonen idet kravene til kvalifikasjoner, lagerhold, utvalg og lokaler blant annet sikret trygg og riktig bruk og tilpasning av kvalitetsproduktene. Restriksjonene ble ansett for å være nødvendige idet distributørene ikke ville investert i opplæring av personalet og i lagerhold dersom de ikke fikk noe beskyttelse fra Ivoclar, og kompetansen og lagerholdet ble ansett nødvendig for å realisere avtalens effektivitetsgevinster. Kundenes fulle utnyttelse av produktene var bare mulig dersom distributørene holdt fullt produktutvalg og hadde kunnskap om produktene, og dermed mulighet til å gi kvalifiserte råd til sine kunder (pasientene). De distributører som i fravær av avtalerestriksjonene ville ha ført Ivoclar-produkter, hadde ikke måttet ha det fulle produktutvalg tilgjengelig for sine kunder, og dermed ville ikke produktene kommet til sin fulle utnyttelse for forbrukerne. Forbrukernes behovstilfredsstillelse ble sikret gjennom avtalerestriksjonene ved at både distributørene og deres kunder hadde alle produkter raskt tilgjengelig, og avtalen sikret riktig bruk og tilpasning.

Selektiv distribusjon kan være et mindre inngripende middel for å hindre doble marginer i pris enn begrensninger i videresalgspris. Gjennom dette vil han oppnå at distributøren øker sin salgsinnsats. Det samme kan også oppnås gjennom enedistribusjon. Hvilke avtalebegrensninger som er nødvendige for å oppnå fordelene må vurderes konkret.

¹⁷⁵ Se avgjørelsens avsnitt II-B-2, 4 og 5.

¹⁷⁶ Sak T-88/92 *Groupement d'achat Edouard Leclerc*, premiss 189 flg.

¹⁷⁷ IV/30.846.

Nødvendigheten av konkurransebegrensningenes intensitet i relasjon til unntaksbestemmelsen kan minne om det objektive nødvendighetskriteriet for tilknyttede begrensninger i forbudsbestemmelsen. Hvorvidt vurderingen kan være lik, er noe uklart.¹⁷⁸

5.3.2 Konkurransebegrensningenes intensitet ved investeringer og etablering

Begrenset distribusjon kan også være nødvendig for å forhindre gratisspassasjerers utnyttelse av investeringene i merkevaren, eller for at distributøren skal få tilstrekkelig incitament til å investere i produktets utvalg. Distributørens investering utgjør en førstegangsinvestering, som ikke alltid kan innvinnes, og han vil derfor ønske beskyttelse mot intramerke-konkurrenter for å unngå tap. Slik beskyttelse kan for eksempel gis gjennom eksklusive, selektive eller enedistribusjonsavtaler, eller gjennom avtaler som begrenser området for salg. Kommisjonen påpeker at konkurransebegrensende avtaler ikke er nødvendige dersom investeringen ikke er relasjonsspesifikk, langsiktig og asymmetrisk.¹⁷⁹ Andre tiltak kan være tilstrekkelige til å begrense gratisspassasjerproblemet og å øke investeringsviljen: Mengdeforpliktelser og konkurranseklausuler er mindre omfattende restriksjoner enn eksklusive avtaler, men de kan likevel være tilstrekkelige til å øke partenes investeringsvilje. Leverandøren kan også sikres distributørens lojalitet og dermed sikkerhet for investeringene gjennom konkurransedyktighetsklausuler.

Avtaler som avhjelper ufullkommenhet i kapitalmarkedet kan inneholde konkurranse- eller eksklusivitetsklausuler. I disse tilfellene må det undersøkes hvorvidt mengdeforpliktelser, som en mindre intensiv konkurransebegrensning, kan være tilstrekkelig til at den finansielle utgiften blir dekket av den andre parten. I retningslinjene¹⁸⁰ påpekes det at slike private lån må ytes «på den minst mulig restriktive måten», og at debitoren må være fri til å

¹⁷⁸ Se note 142 og 149.

¹⁷⁹ Vertikale retningslinjer avsnitt 107 d), e) og 147, se også oppgavens avsnitt 3.1.3.

¹⁸⁰ Vertikale retningslinjer avsnitt 147.

foreta oppgjør når som helst. Dersom avtalen ikke åpner for dette, vil restriksjonen ifølge retningslinjene ikke oppfylle det tredje vilkåret i § 10 tredje ledd.

5.3.3 Konkurransbegrensningenes intensitet i franchiseavtaler

I franchiseavtaler kan begrensninger i distribusjonen ofte være nødvendige. Kombinasjonen med eksklusiv distribusjon kan for noen produkter være nødvendig for produktets etablering på et nytt geografisk marked eller produktmarked, slik argumentasjonen lød i *STM*.¹⁸¹ Ved etablering av nye franchisetakers utsalgssteder ønsker gjerne franchisetakeren å få beskyttelse mot intramerke-konkurranse gjennom avtaleklausuler om områdebeskyttelse. I rettspraksis¹⁸² kan man se at geografiske restriksjoner som utgangspunkt ikke tillates fordi det utelukker konkurransen mellom konkurrenter, utgjør etableringshindre for potensielle aktører og hindrer integrasjonen av et felleseuropeisk marked. Dette må imidlertid vurderes konkret. Jo mindre det geografiske området er, desto mer tillatelig er det fordi konkurransbegrensningen i slike tilfeller kan være liten.

Dersom overføring av kunnskap er uunnværlig for riktig oppfyllelse av en avtale, vil en konkurranseklausul pålagt distributøren være en egnet restriksjon for å bevare kunnskapen mellom avtalepartene og for å lette tilbakeføringen av knowhow.¹⁸³ Jo viktigere kunnskapsoverføringen er for avtalen, desto større er sannsynligheten for at effektivitetsgevinstene vil oppnås. I disse tilfellene er nødvendighetsvilkåret vanligvis oppfylt.^{184 185}

¹⁸¹ Sak 56/65.

¹⁸² For eksempel forente saker 56 og 58/64 *Consten and Grundig*.

¹⁸³ Vertikale retningslinjer avsnitt 107 e)

¹⁸⁴ Ibid avsnitt 190.

¹⁸⁵ Konkurransesklausuler ved overføring av betydelig knowhow er vanligvis berettiget for hele avtaleperioden, se Vertikale retningslinjer avsnitt 148.

For franchiseavtaler, hvor overføring av knowhow er særlig viktig, vil restriksjoner tilknyttet knowhow og forpliktelser relatert til franchisenettets felles identitet, produkter og service kunne falle utenfor forbudsbestemmelsens anvendelsesområde. Slike konkurransebegrensninger anses ofte som tilknyttede begrensninger, og vil i så fall ikke vurderes under unntaksbestemmelsen i tredje ledd.¹⁸⁶ Ett av vilkårene for at begrensningene er å anse som tilknyttede er at de må være objektivt nødvendige. I nødvendighetsvurderingen i første ledd må flere av de samme momentene med relevans til unntaksbestemmelsens tredje vilkår få betydning.¹⁸⁷

Andre konkurranseklausuler, særlig tilknyttet franchiseavtaler, kan være bindende eller veiledende videresalgspriser. Prisrestriksjoner er i rettspraksis ansett for å ha som formål å begrense konkurransen, dette ble bekreftet i *SA Binon & Cie*.¹⁸⁸ Formålsrestriktive avtaler og avtaler som utgjør alvorlige konkurransebegrensninger presumeres av Kommisjonen å ikke ville oppfylle vilkårene for unntak etter tredje ledd.¹⁸⁹ Fastsettelse av videresalgspriser i vertikale avtaler omfattes av gruppefritakets svartelistede konkurranserestriksjoner, og antas dermed neppe å kunne oppfylle vilkårene for unntak.¹⁹⁰ Imidlertid kan begrensninger på distributørens frie fastsettelse av salgspris kunne lede til at konkurrentene i nedstrømsmarkedet konkurrerer på service fremfor pris. Dette *kan* etter en konkret vurdering anses nødvendig for forbedringer i intramerke-konkurransen og økt behovstilfredsstillelse for forbrukerne. I *SA Binon & Cie* uttalte Domstolen at det måtte vurderes hvorvidt

«the fixing of the retail price ... constitutes the sole means of supporting the financial burden resulting from the taking back of unsold copies and the possibility

¹⁸⁶ Se sak 161/84 *Pronuptia* premissene 15-24 og Wijckmans (2011) avsnitt 9.77.

¹⁸⁷ Se note 142 og 149.

¹⁸⁸ Sak 243/83 premiss 44.

¹⁸⁹ Vertikale retningslinjer avsnitt 96 antititisk.

¹⁹⁰ Ibid avsnitt 47.

that the latter practice constitutes the sole method by which a wide selection of newspapers and periodicals can be made available to readers». ¹⁹¹

Det er dermed mulig at slike alvorlige konkurransebegrensninger kan oppfylle nødvendighetskravet i tredje ledd.

5.3.4 Restriksjoner på salg og kundeallokering

Restriksjoner på aktivt og passivt salg innebærer ofte en markedsinndeling mellom distributørene, noe som anses som en alvorlig konkurransebegrensning. ¹⁹² Slike restriksjoner vil sjeldent oppfylle nødvendighetskriteriet i unntaksbestemmelsen.

Restriksjoner på passivt salg mellom distributører kan anses unødvendig dersom distributørene har etablerte markedsposisjoner. Det kan være mer tillatelig å pålegge forbud mot aktivt salg, for eksempel for at distributørene skal få beskyttelse mot andre aktørers utnyttelse av deres investeringer. ¹⁹³

Det kan også reises spørsmål ved nødvendigheten av at det i en vertikal konkurransebegrensende avtale er en klausul som reserverer distributøren en eksklusiv kundegruppe. Eksklusiv kundeallokering innehar mange av de samme konkurranserettslige betenkeligheter som geografisk markedsdeling, slik som redusert konkurranse innenfor merkene, oppdeling av markedet, prisdiskriminering, utestengning av distributører og tilretteleggelse for samordning. ¹⁹⁴ Jo større konkurransebegrensning, desto større må fordelene som realiseres gjennom avtalen være for å kunne oppveie for ulempene. Dersom distributøren forpliktes til å investere i utstyr, kunnskap eller knowhow, eller det aktuelle produktet er nytt, komplekst eller et tilpasningsprodukt, kan eksklusiv kundeallokering lettere anses som et nødvendig virkemiddel. Slike investeringer vil i hovedsak gjøres av

¹⁹¹ Premiss 46.

¹⁹² Forente saker 56 og 58/64 *Consten and Grundig*

¹⁹³ Se eksempler i Retningslinjer avsnitt 82.

¹⁹⁴ Se Vertikale retningslinjer avsnitt 168 flg.

distributører eller grossister på mellomliggende nivåer i omsetningskjeden. Allokering av kunder i slike mellomliggende ledd er mindre betenkelig enn eksklusiv kundetildeling av sluttbrukere. *Varigheten* av en slik kundeallokering kan i følge Kommisjonen ikke være større enn investeringsperioden eller avskrivningsperioden for disse investeringene.¹⁹⁵ Et eksempel kan være at en produsent av en ny type varmepumper avtaler med distributører at disse skal levere og installere produktene hos bedrifter, lagre og husholdninger. Distributørene tildeles hver sin kundegruppe for å spesialisere seg på tilpasninger tilknyttet sine respektive kunder. Distributørene er etter avtalen avskåret fra aktivt salg til de andre distributørenes allokerter kundegrupper. Etter en periode heves forbudet mot aktivt salg, og distributørene blir konkurrenter i nedstrømsmarkedet. Konkurranserestriksjonen kan anses nødvendig for å oppnå effektivitetsgevinstene, som blant annet er teknologiske nyvinninger, behovstilfredsstillelse for forbrukerne og mulighet for ytterligere dynamisk konkurranse gjennom distributørenes økte kunnskap og konkurransedyktighet etter at eksklusivitetsavtalens utløp.¹⁹⁶ I et slikt tilfelle kan restriksjonen på aktivt salg anses nødvendig.

¹⁹⁵ Ibid avsnitt 172, se oppgavens avsnitt 5.2 om tidsaspektet.

¹⁹⁶ Se lignende eksempel i Vertikale retningslinjer avsnitt 173.

6 Krav om restkonkurranse

6.1 Generelle betraktninger

Det fjerde vilkåret stiller krav om at avtalen ikke må gi foretakene «mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder». Dette er et minstekrav som må overholdes uansett hvor store effektivitetsgevinster avtalen medbringer. Vilket sikrer fremtidig konkurranse på markedet, og viser at unntaksbestemmelsens har som mål å beskytte selve konkurranseprosessen.¹⁹⁷

Vurderingen må skje i lys av konkurranseforholdene på det relevante marked, derfor må man må ta i betraktning hvorvidt det er stort eller begrenset rom for (ytterligere) konkurranserestriksjoner. Dersom det allerede før avtalen var begrenset konkurranse på markedet, vil selv en mindre konkurransebegrensning kunne få store negative virkninger. Det er avtalens innvirkning på den aktuelle konkurranse som er utgangspunktet for vurderingen. Det er ikke anledning til å vektlegge at den konkrete avtalens restriksjoner er beskjedne sammenlignet med andre, større avtalebegrensninger som allerede foreligger på det relevante marked; det er altså markedet slik det *er* som først og fremst skal vurderes.¹⁹⁸ Man må derfor vurdere tredjeparters mulighet til å opprettholde konkurransen, herunder også deres markedsandeler.

Avtaler hvor partene har markedsandeler mellom 30 og 40 % vil kunne oppfylle vilkårene for unntak. Under grensen på 30 % kommer gruppefritaket til anvendelse, og ved markedsandeler over 40 % risikerer foretaket å ha en dominerende stilling på det relevante marked, hvilket kan vanskeliggjøre grunnlaget for unntak etter tredje ledd. En avtale mellom foretakene vil i en slik situasjon kunne gjøre dem i stand til å «utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder».¹⁹⁹ Dominerende foretak er

¹⁹⁷ Retningslinjer avsnitt 105.

¹⁹⁸ *EØS-rett* (2004) s 546.

¹⁹⁹ Se Goyder (2011) s. 116.

imidlertid ikke avskåret fra å forsvare avtalen etter tredje ledd, og kan tenkes å oppfylle også det siste vilkåret.²⁰⁰

Avtaler som begrenser priskonkurranse, medfører markedsdeling eller utelukker muligheten for innovasjon utgjør mer alvorlige konkurranserestriksjoner enn begrensninger av andre konkurranseparametre,²⁰¹ med den følge at avtalene vil bli vurdert strengere under det fjerde vilkåret. Avtalen må aldri få eliminere konkurransen i en av dens viktigste former, nemlig priskonkurranse.²⁰²

Dersom avtalens konkurransebegrensninger og gevinster gir et nøytralt utfall, kan det argumenteres for at det er viktigere å bevare konkurransen ut fra et langtidsperspektiv, og derfor ikke unnta avtalen fra forbudet. Nøytrale avtaler kan bidra til å samordne konkurrentene og konsentrere markedet. Nøytrale avtaler vil dermed ikke *nødvendigvis* komme forbrukerne til gode på lang sikt. Unntaksbestemmelsens grunnleggende mål er å beskytte konkurranseprosessen,²⁰³ og konkurranse er et middel for å oppnå gode forbrukervilkår.

Hvorvidt vilkåret om restkonkurranse er oppfylt beror på en rekke momenter, som vil bli presentert i det følgende.

6.2 Momenter i vurderingen

Utgangspunktet for vurderingen er den aktuelle konkurransesituasjonen på det relevante markedet. Det er derfor nødvendig at det relevante produkt- og geografiske marked er definert. Den konkurransebegrensende avtalens innvirkning på den allerede bestående graden av konkurranse på markedet er av stor betydning. Dette krever en individuell

²⁰⁰ Sak C-171/05 *Piau* og førsteinstansen i sak T-192/02 hvor de fant at foretaket hadde en dominerende stilling på markedet.

²⁰¹ Retningslinjer avsnitt 110.

²⁰² Sak 26/76 *Metro* premiss 21.

²⁰³ Retningslinjer avsnitt 105.

vurdering av avtalen og det relevante marked, og av plasshensyn vil jeg i det følgende kun presentere momenter i vurderingen.

For å klarlegge konkurransesituasjonen må de aktuelle markedsaktørenes muligheter og incentiver til å konkurrere vurderes. I *Charles Jourdan*²⁰⁴ ble det lagt vekt på at det var tilstrekkelig mange andre produsenter og distributører på markedet, slik at den omtvistede franchiseavtalen ikke ville medføre betraktelige horisontale konkurransereduserende virkninger utenfor merkevaren. Produksjonen og distribusjonen av det aktuelle produktet utgjorde dessuten en beskjeden del av de tilgjengelige substituerbare produktene på det relevante marked. I *Yves Rocher*²⁰⁵ var franchisetakerne gitt en viss områdebeskyttelse, men denne var så lite omfattende at det fremdeles ville være konkurranse mellom de ulike franchisetakerne innenfor nettverket, samt at det ikke var opprettet eksklusive kundegrupper såfremt forbrukerne selv oppsøkte forhandleren. Avtalen oppfylte alle vilkårene for unntak.

Også hvilke aktører som er avtaleparter kan være av betydning. Dersom ett av foretakene er et svært sterkt foretak som tidligere har opptrådt uavhengig av de andre markedsaktørene, kan en avtale som binder denne kunne endre markedsstrukturen på en slik måte at konkurransen blir vesentlig begrenset.²⁰⁶ Retningslinjene²⁰⁷ fremhever at det kan være nyttig å se hen til avtalepartenes faktiske markedsatferd, for eksempel hvorvidt de har gjennomført store prisøkninger eller på annen måte utvist stor markedsrett. Dersom det har vært mulig for avtaleforetakene å utøve stor markedsrett, kan det tyde på at de ikke er utsatt for sterkt konkurransepress, og at avtalen dermed vil gi foretakene «en mulighet til å utelukke konkurransen» på det relevante marked «for en vesentlig del», slik at vilkåret ikke er oppfylt.

²⁰⁴ IV/31.697.

²⁰⁵ IV/31.428-31.432.

²⁰⁶ Se om dette i Retningslinjer avsnitt 112.

²⁰⁷ Ibid avsnitt 111.

Potensiell konkurranse og etablerings- og ekspanderingshindre må også tas i betraktning. De potensielle aktørenes tekniske eller immaterielle ressurser og rettigheter vil kunne påvirke restkonkurransens styrke. Store kostnader eller rettslige hindre for nyetableringer vil svekke potensiell konkurranse. Kostnader til produksjonsendring for at potensielle konkurrenter kan etablere seg på det relevante marked, vil også være relevant. I denne sammenheng vil det ha betydning hvorvidt markedets kapasitet er utnyttet, eller om det er rom for utvidelser for eksisterende markedsaktører. Man må her ta i betraktning hva som er den minste effektive størrelse på det relevante markedet, samt om det er substituerbare produkter tilgjengelig for forbrukerne på markedet. Jo lettere det er for aktuelle eller potensielle konkurrenter å ekspandere eller etablere seg, eller tilby substituerbare produkter, desto mer restkonkurranse vil være tilstede i markedet.

Også markedets art og hvorvidt det er et marked i utvikling eller stagnasjon, vil kunne påvirke den potensielle konkurransen. Markedet for mobiltelefon- og roamingtjenester er for eksempel i stadig utvikling, og vil ofte ha rom for nye aktører.

6.3 Vilkåret vil normalt være oppfylt

Effektivitetsfremmende avtaler mellom foretak som ikke er konkurrenter vil ikke føre til konsentrasjon av konkurrenter på samme ledd i omsetningskjeden, slik horisontale avtaler og karteller gjør. I vertikale avtaler kombineres ikke avtalepartenes markedsrett, idet foretakene ikke opererer på samme ledd i omsetningskjeden. Dette betyr at det *ikke* blir færre direkte konkurrenter i markedet som følge av avtalen. Såfremt det er andre markedsaktører på det relevante marked, vil konkurransen på de respektive ledd i omsetningskjeden som utgangspunkt bestå.

Når en vertikal avtale oppfyller unntaksbestemmelsens øvrige vilkår, vil det siste vilkåret normalt være oppfylt. Særlig kan denne betraktningen begrunnes i at vilkåret om forbrukerkompensasjon implisitt krever at det er et visst konkurransepress på avtalepartene. Uten konkurransepress er det ikke sikkert at forbrukerne vil bli kompensert avtalens negative virkninger.

Det kan trekkes paralleller til vurderingen av hvorvidt vertikale foretakssammenslutninger tilfredsstiller vilkåret om ikke å medføre «significantly impediment of effective competition».²⁰⁸ Vertikale foretakssammenslutninger medfører heller ikke en konsentrasjon mellom konkurrenter på samme nivå i omsetningskjeden. Vertikale foretakssammenslutninger er generelt ansett for å være nøytrale eller effektive i samfunnsøkonomisk forstand²⁰⁹ og tillates ofte av konkurransemyndighetene. For eksempel kan en vertikal foretakssammenslutning på samme måte som en vertikal avtale være et effektivt verktøy for å hindre dobbel marginalisering og realisering av stordriftsfordeler. Når slike foretakssammenslutninger normalt anses for *ikke* i betydelig grad å være en «impediment of effective competition» på det relevante marked, vil det samme kunne være tilfellet for det siste vilkåret i § 10 tredje ledd.

6.4 Særlige tilfeller hvor vilkåret neppe er oppfylt

Dersom det er få konkurrenter i opp- eller nedstrømsmarkedet, eksempelvis i et oligopol, vil en avtale som forplikter den andre parten til eksklusivt kjøp eller distribusjon kunne utelukke andre konkurrenter. Konkurrentene på oppstrømsmarkedet kan mangle aktører på nedstrømsmarkedet å levere til, og distributørene kan mangle leverandører av råvarer eller produkter. Dette utslaget styrkes dersom det er nettverkseffekt på markedet. Vertikale konkurransebegrensende avtaler vil neppe oppfylle det siste vilkåret i tredje ledd under slike omstendigheter.

I tilfeller der leverandøren har betydelig markedsmakt og oppstrømsmarkedet er fullt utnyttet, kan eksklusivitetsavtaler utelukke andre aktører på nedstrømsmarkedet. Når markedet ikke er åpent for potensielle konkurrenter på oppstrømsmarkedet, kan avtalene

²⁰⁸ Rådsforordning 139/2004 artikkel 2. Konkurranselovens vilkår for inngrep i foretakssammenslutninger er noe annerledes utformet.

²⁰⁹ Se bl.a. Wish (2012) s. 819.

virke utelukkende. Dersom produktene til de øvrige aktørene på oppstrømsmarkedet ikke er substituerbare for kjøperne, vil dette ytterligere begrense restkonkurransen på markedet.

Dersom avtalen medfører at avtalepartene ikke har incentiv til å konkurrere, vil det fjerde vilkåret sjeldent være oppfylt. Dette kan være tilfellet ved avtaler som gir områdebeskyttelse, der distributøren er sikret omsetning for sitt allokerede område uavhengig av prisfastsettelse eller service. Et annet tilfelle er ved innslag av dominans blant avtalepartene, slik at de i liten grad vil påvirkes av markedsatferden til de øvrige aktørene på markedet.

Vertikale avtaler som øker etablerings- og ekspanderingshindre kan også medføre at det fjerde vilkåret ikke er oppfylt. En aktør i oppstrømsmarkedet kan for eksempel inngå lisensavtaler med konkurranseklausuler som forhindrer lisenstaker fra å lisensiere teknologi fra konkurrenter på oppstrømsmarkedet, eller ved at avtalens vilkår på andre måter søker å forhindre distributøren fra å benytte andre aktørers teknologi. Dette kan sammenlignes med distribusjonsavtaler om merkeeksklusivitet. Virkningen kan være at potensielle konkurrenter på oppstrømsmarkedet ikke vil få tilgang til nedstrømsmarkedet på en slik måte at både aktuell og potensiell restkonkurranse utelukkes. Slike avtaler reduserer også intermerke-konkurransen på en slik måte at konkurransen kan utelukkes.

For selektive avtaler vil det fjerde vilkåret vanskelig kunne oppfylles dersom det er lite intermerke-konkurranse på markedet. Dersom leverandøren i et selektivt distribusjonsnett har en sterk markedsposisjon, vil konkurransebegrensningene mellom leverandøren og dennes distributører kunne utelukke leverandørens konkurrenter og deres produkter. Hvis leverandørens konkurrenter derimot holder en like sterk markedsposisjon, vil intermerke-konkurransen kunne være tilstrekkelig sterk til at det vil bestå konkurranse på det relevante marked. Det må dermed tas stilling til den aktuelle intermerke-konkurransen på markedet, og dette gjøres ved å undersøke leverandørens og dennes konkurrenters markedsposisjon.

6.5 Forholdet mellom § 10 tredje ledd og § 11

6.5.1 Kravet til restkonkurranse og forbudet mot misbruk av dominerende stilling

Siden det siste vilkåret i § 10 stiller krav om konkurransepress, og dette kan mangle hvor avtalepartene dominerer det relevante marked, er det relevant å se på hvorvidt § 11 om misbruk av dominerende stilling kommer til anvendelse når avtalepartene er dominerende.

§ 10 tredje ledd og § 11 har forskjellige anvendelsesområder og utelukker ikke hverandre.²¹⁰ I relasjon til de tilsvarende bestemmelsene i TEUV²¹¹ har EU-domstolene uttalt at artikkel 101 og 102 kan få anvendelse hver for seg eller i konkurrans.²¹² Anvendelsen av § 10 tredje ledd forhindrer ikke anvendelse av § 11 dersom foretaket misbruker sin dominerende stilling på markedet.²¹³ Et foretak i en dominerende stilling *kan* søke unntak fra forbudet i § 10 første ledd, men må i den anledning passere det fjerde vilkåret i unntaksbestemmelsen, noe som kan være vanskelig idet avtaler som er inngått med dominerende foretak raskt vil anses for å utelukke konkurransen for en vesentlig del av det relevante marked. Kravet om at det må forbli noe restkonkurranse er et smalere konsept enn dominans,²¹⁴ slik at en avtale hvor en av partene er dominerende *kan* tilfredsstille det fjerde vilkåret i § 10 tredje ledd.²¹⁵ For de avtaler som faller utenfor gruppefritaket på grunn av for høye markedsandeler²¹⁶ blir det imidlertid et nokså snevert område igjen hvor vilkårene for unntak, særlig det fjerde vilkåret, kan anses oppfylt.^{217 218}

²¹⁰ Forente saker C-395/96 P *Compagnie Maritime Belge* premiss 130.

²¹¹ Art. 101(3) og 102.

²¹² Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche* premiss 116 og forente saker C-395/96 P *Compagnie Maritime Belge* premiss 33-34, hvor det uttales at det ikke kan utelukkes at bestemmelsene kan anvendes samtidig. Se også Rousseva (2012) s.18.

²¹³ Vertikale retningslinjer avsnitt 127.

²¹⁴ Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche* premiss 39.

²¹⁵ Se Faull (2007) avsnitt 3.455, sak T-395/94 *Atlantic Container Line*, premiss 330 og forente saker T-191/98, T-212 til 214/98 *Atlantic Container Line*, premiss 939.

²¹⁶ Markedsandeler over 30 %.

²¹⁷ Se Goyder (2011) s. 116 og oppgavens avsnitt 2.5.4.

Dersom foretaket *misbruker* sin dominerende stilling gjennom en vertikal avtale, er det § 11 som kommer til anvendelse, og foretaket er henvist til å argumentere for ulovfestet unntak for den vertikale avtalen under § 11. Avtaler som utgjør misbruk av en dominerende stilling kan ikke unntas etter § 10 tredje ledd.²¹⁹ Både § 10 og § 11 søker å opprettholde effektiv konkurranse på markedet,²²⁰ og for at dette skal kunne realiseres, er Kommisjonens syn at unntaket i tredje ledd ikke kan få anvendelse på atferd som er forbudt etter § 11, altså misbruk av dominerende stilling.²²¹ Da er det ikke ønskelig å unnta en konkurranserestriktiv avtale i medhold av § 10 tredje ledd, fordi avtalen kan gjøre foretakene i stand til å etablere, styrke eller utnytte en dominerende stilling.²²² Dersom et dominerende foretak får medhold i unntak etter § 10 tredje ledd for en vertikal avtale, vil foretaket ofte mangle incentiv til å fortsette å realisere effektivitetsgevinstene og sikre forbrukerne kompensasjon for ulempene.²²³ I *Atlantic Container Line*²²⁴ påpekte førsteinstansen at ved å innvilge unntak for en avtale som også utgjorde misbruk av en dominerende stilling, låser man seg selv «inne». Unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd må etter dette tolkes slik at den «precludes exemption in respect of conduct which constitutes an abuse of a dominant position». Kommisjonen uttrykte det samme i *Decca Navigator System*-saken.²²⁵

²¹⁸ Det kan i visse tilfeller også argumenteres med at de konkurranserestriktive klausulene i avtalen er *tilknyttede begrensninger*, og dermed faller utenfor forbudet i § 10 første ledd.

²¹⁹ Sak T-51/89 *Tetra Pak*.

²²⁰ Sak C-6/72 *Continental Can*, Retningslinjer avsnitt 106.

²²¹ Vertikale retningslinjer avsnitt 127 og Retningslinjer avsnitt 196.

²²² Vertikale retningslinjer avsnitt 127.

²²³ Ibid.

²²⁴ Forente saker T-191/98, 212 til 214/98, premiss 1455-1456.

²²⁵ IV/30.979 og 31.394 avsnitt 122.

*Rousseva*²²⁶ fremhever at det ville vært fordelaktig dersom vertikale avtaler mellom parter hvor ett av foretakene er dominerende ble vurdert under artikkel 101 i TEUV, slik at artikkel 102 fikk anvendelse på ensidig atferd som utgjør misbruk av dominerende stilling.

6.5.2 Begrunnelsen for unntak etter § 10 tredje ledd som begrunnelse for unntak etter § 11?

§ 11 inneholder ingen lovfestet unntaksadgang. Det er imidlertid sikker rett, utviklet i rettspraksis i EU, at atferden likevel ikke rammes av forbudet dersom den er objektivt nødvendig for å ivareta legitime formål og at virkemidlene som benyttes for å nå dette målet er proporsjonale.²²⁷ Det samme må gjelde i norsk rett.

Et spørsmål i denne anledning er hvorvidt begrunnelsen for unntak etter § 10 tredje ledd kan benyttes som begrunnelse for unntak fra § 11 om forbudet om misbruk av dominerende stilling. *Rousseva og Marquis*²²⁸ argumenterer for at vilkårene for unntak kan være de samme for begge regimer:

«[t]he consistent application of Articles 101 and 102 requires that, whichever of the two provisions is enforced, the result should be the same. It seems to follow that if, under both provisions, it is anticompetitive foreclosure (leading to consumer harm) that is the relevant anticompetitive concern ... the conditions for justification could not be different. For instance, it would make little sense to have a consumer pass-on requirement under Article 101 without having one under Article 102. Such a discrepancy would render Article 102 more lenient than Article 101».

²²⁶ *Rousseva* (2010) s. 460-473.

²²⁷ Se for eksempel sak C-322/81 *Michelin II* premiss 98.

²²⁸ *Rousseva* (2012) s. 18.

I *Post Danmark*²²⁹ skilte Domstolen mellom de to forskjellige begrunnelsene for unntak fra forbudet mot misbruk av dominerende stilling. I premiss 41 uttaler Domstolen at foretaket enten kan føre bevis for at «its conduct is objectively necessary» eller at «the exclusionary effect produced may be counterbalanced, outweighed even, by advantages in terms of efficiency that also benefit consumers». Vilklårene for at et effektivitetsforsvar kunne unnta atferden fra forbudet var at

«...the efficiency gains [must be] likely to result from the conduct under consideration counteract any likely negative effects on competition and consumer welfare in the affected markets, that those gains have been, or are likely to be, brought about as a result of that conduct, that such conduct is necessary for the achievement of those gains in efficiency and that it does not eliminate effective competition, by removing all or most existing sources of actual or potential competition».²³⁰

Disse vilklårene sammenfaller med vilklårene for unntak etter artikkel 101(3).²³¹ Effektivitetsgevinster tas altså i betraktning under konkurranseloven § 10 tredje ledd og ved et effektivitetsforsvar under § 11.²³² *Tilknyttede begrensninger* vurderes imidlertid under § 10 første ledd, noe som kan sammenlignes med den andre typen forsvar relatert til misbruk av dominerende stilling, nemlig objektivt nødvendig atferd. Også det poeng at § 10 og § 11 kan få anvendelse på én og samme avtale²³³ styrker argumentet om at kriteriene for unntak bør være like for de to regimene.

Det er lite trolig at vilklårene for effektivitetsforsvar etter § 11 kan være oppfylt uten at vilklårene i § 10 tredje ledd er det. Jo mer dominerende foretakene er på det relevante

²²⁹ Sak C-209/10.

²³⁰ Premiss 42.

²³¹ Tilsvarende konkurranseloven § 10 tredje ledd.

²³² Se også *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, avsnitt 84-92.

²³³ Se avsnitt 6.5.1 om sakene *Hoffmann-La Roche* og *Compagnie Maritime Belge*.

marked, desto mindre er restkonkurransen og dermed sannsynligheten for at forbrukerne kompenseres for avtalens konkurransebegrensende virkninger.

7 Litteraturliste

Bøker

- Faull, Jonathan og Ali Nikpay (red.) *The EC Law of Competition*. 2. utg. Oxford University Press, 2007
- Goyder, Joanna *EU Distribution Law*. 5. utg. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2011
- Gyselen, Luc *The Substantive legality test under Article 81-3 EC Treaty revisited in light of the Commission's Modernization Initiative*. Inntatt i *European Integration and International Co-operation. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*», redigert av Von Bogdandy. Kluwer Law International, 2002
- Hildebrand, Doris *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*. 3. utg. Kluwer Law International, 2009
- Kolstad, Olav *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett : Samfunnsøkonomisk effektivitet i den konkurranserettslige analyse*. Oslo, 1998
- Kolstad, Olav ... [et al.] *Norsk konkurranserett Bind I: Adferdsregler og Strukturkontroll*, Oslo, 2007

- Korah, Valentine og Denis O'Sullivan *Distribution agreements under the EC competition rules*. Oxford og Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002
- Lunde, Tore *Distribusjonsavtaler i konkurranserettsleg perspektiv*. Bergen, 2007
- Rousseva, Ekaterina *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*. Hart Publishing, 2010
- Sejersted, Fredrik ... [et al.] *EØS-rett*. 2.utg. Oslo, 2004
- Wijckmans, Frank og Filip Tuytschaever *Vertical Agreements in EU Distribution Law*. 2. utg. Oxford, 2011
- Wish, Richard og David Bailey *Competition Law*. 7. Utg. Oxford University Press, 2012

Artikler

- Kolstad, Olav *Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme «forbrukernes interesser»* I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 2005 nr. 1, s. 1-94.
[Sitert fra Idunn.no]
- Rousseva, Ekaterina *Reflections on the relevance of efficiency defences in modern EU antitrust law*. Brussel, 2011.
http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/7th_conference/8.%20E.%20Rousseva%20-

[%20Reflections%20on%20the%20relevance%20of%20efficiency%20defences%20in%20modern%20EU%20antitrust%20law.pdf](#)

[sitert 21. mars 2013]

Rousseva, Ekaterina og Mel Marquis

Hell freezes over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU. Journal of European Law & Practice, 2012.

<http://jeclap.oxfordjournals.org/content/early/2012/10/25/jeclap.lps059.full.pdf>

[sitert 21. mars 2013]

Andre dokumenter

ESA

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan 2007/EØS/42/01.

Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3

ESA

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan 2012/EØS/65/01.

Retningslinjer for vertikale begrensninger

Kommisjonen, Directorate General for Competition

Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussel, 2005

Lovgivning og forarbeider

2004

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5. mars 2004 nr. 12

TEUV, konsolidert versjon

Treaty on the Functioning of the European Union

Rådsforordning 1/2003

Council Regulation of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

Rådsforordning 139/2004

Council Regulation of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings

Kommisjonsforordning 330/2010

Commission Regulation of 20 April 2010 on the application of Article 101(1) of the TFEU to categories of vertical agreements and concerted practices

Forskrift 21.06.2010 nr. 898

Om anvendelse av konkurranse-loven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden

Ot.prp. nr. 6 (2003-04)

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranse-loven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranse-loven)

Rettspraksis

Sak 66/86	<i>Ahmed Saeed</i>
Sak C-238/05	<i>Asnef-Equifax</i>
Sak T-191, 212 til 214/98	<i>Atlantic Container Line</i> (forente saker)
Sak T-395/94	<i>Atlantic Container Line</i>
Sak T-86/95	<i>Compagnie Générale Maritime</i>
Sak C-395/96 P	<i>Compagnie Maritime Belge</i> (forente saker)
Sak 56 og 58/64	<i>Consten and Grunidg</i> (forente saker)
Sak C-6/72	<i>Continental Can</i>
Sak C-234/89	<i>Delimitis</i>
Sak C-30/78	<i>Distillers Company</i>
Sak T-289/01	<i>DSD</i>
Sak T-374/94 flg	<i>European Night Services</i> (forente saker)
Sak 27/87	<i>Erauw-Jacquéry Sprl v. La Hesbignonne Société Coopérative</i>
Sak C-501/06 P flg.	<i>GlaxoSmithKline</i> (forente saker)
Sak T-168/01	<i>GlaxoSmithKline</i>
Sak T-88/92	<i>Groupement d'achat Edouard Leclerc</i>
Sak 85/76	<i>Hoffmann-LaRoche</i>
Sak T-66/92	<i>Herlitz</i>
Sak T-12 og 3/03	<i>Itouchu</i>
Sak C-288/96	<i>JAKO-Jadecost</i>
Sak C-204/02	<i>Joynson</i>
Sak C-389/10 P	<i>KME</i>
Sak T-17/93	<i>Matra Hachette</i>
Sak C-322/81	<i>Michelin II</i>
Sak 26/76	<i>Metro</i>
Sak T-528/93 flg.	<i>Métropole Télévision</i> (forente saker)
Sak T-185/00 flg.	<i>Métropole Télévision SA (M6)</i> (forente saker)
Sak 258/78	<i>Nungesser v. Commission</i>
Sak T-328/03	<i>O2</i>

Sak C-171/05	<i>Piau</i>
Sak T-191/02	<i>Piau</i>
Sak C-209/10	<i>Post Danmark</i>
Sak 161/84	<i>Pronuptia de Paris</i>
Sak C-360/92 P	<i>Publishers Association</i>
Sak 42/84	<i>Remia</i>
Sak 234/83	<i>SA Binon & Cie</i>
Sak T-131/99	<i>Shaw</i>
Sak 56/65	<i>Société Technique Minière</i>
Sak T-51/89	<i>Tetra Pak</i>
Sakene 43 og 63/82	<i>VBVB and VBBB</i>

Kommisjonsavgjørelser

IV/35337	<i>Atlas</i>
IV/14.650	<i>BMW AG</i>
IV/36.592	<i>Cégétel</i>
IV/31.697	<i>Charles Jourdan</i>
IV/30.979 og 31.394	<i>Decca Navigator System</i>
COMP D3/34493	<i>DSD</i>
IV/30.846	<i>Ivoclar</i>
IV/32.13, 10.498 flg.	<i>Omega</i>
IV/33.242	<i>Parfums Givenchy</i>
IV/35.617	<i>Phoenix/Global One</i>
COMP/M.3732	<i>Procter&Gamble</i>
IV/847	<i>SABA</i>
COMP/A 38.284 D2	<i>Société Air France/Alitalia</i>
IV/36.237	<i>TPS</i>
IV/31.428-31.432	<i>Yves Rocher</i>